U. FRANCISCO MARROQUIN

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO *Universidad Francisco Marroquín*

AÑO VIII - Nº 16
Noviembre 1998
Segunda época

Portada: Vista frontal de la Biblioteca Ludwig von Mises.
Fotógrafo: Luis René Pellecer López

UNIV., FRANCISCO MARROQUIN - SE

FRANCISCO MARROQUIN

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO *Universidad Francisco Marroquín*

AÑO VIII - Nº 16
Noviembre 1998
Segunda época

La misión de la *Universidad Francisco Marroquín*
es la enseñanza y difusión de los principios
éticos, jurídicos y económicos de una sociedad
de personas libres y responsables

CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD

Fernando Monterroso
Rector

Giancarlo Ibargüen
Secretario

Ramón Parellada Cuadrado
Tesorero

Vocales
Conrad Losen
Max Holzheu
Jorge Molina-Sinibaldi
William Olyslager V.
Luis Fernando Samayoa

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Eduardo Mayora Alvarado
Decano

Pedro Mendoza Montano
Secretario

Milton Estuardo Argueta Pinto
Representante docente

Juan Carlos Bermejo
Representante estudiantil

DIRECTORIO DE LA REVISTA

Gloria Rodríguez
Directora

Subdirector
Gerardo Anleu

Evaluación y revisión de contenido
Ana Cristina Garita (*Coordinadora*), Gerardo Anleu, Mariana Gabriela Barillas, Alejandro Barreda, Marjorie Bouscayrol, Eva Cacacho, Vivian Cruz, Alvaro Delgado, Carolina Donis, Marirene Jonama, Kristine Klanderud, Gustavo Licardié, Ana María Ortiz, José Lambour, José Enrique Pensabene, Roberto Toriello, Andrés Wyld

Distribución y promoción
Vivian Cruz (*Coordinadora*), Fernando Argueta, Marjorie Bouscayrol, Guillermo Castillo, Fernando de la Cerda, Luis Pedro del Valle, Ana Cristina Garita, Sandra Iriarte, Kristine Klanderud, José Lambour, Vivian Morales, José Enrique Pensabene, Noelle Rivera, María Cristina Rodríguez.

Fotografía
Luis René Pellecer

Copyright ©1998 Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala

Contenido

Editorial

Liberalismo y Derecho *(Milton Estuardo Argueta Pinto)* 7

Derecho

Comentarios en torno a la nueva regulación del contrato de agencia, distribución y representación *(Mario Fuentes Destarac)* 11

El contrato internacional de distribución *(Pedro Mendoza Montano)* 17

Las licencias de uso de marcas en las franquicias *(Carlos Gilberto Chacón Torrebiarte)* 29

Supremacía del Derecho internacional en materia de derechos humanos *(Ana Cecilia Pérez Bravatti)* 33

Testamento de vida *(living will)*; su naturaleza jurídica y aplicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco *(Ana Lucrecia Palomo Marroquín)* 73

El codicilo como una respuesta a los testamentos de vida en la legislación guatemalteca *(Ana Lucrecia Palomo Marroquín)* 79

Derecho y Economía

¿Se justifican las patentes en una economía libre? *(Julio H. Cole)* 85

Los derechos humanos y el mercado *(Milton Estuardo Argueta Pinto)* 95

Los efectos de la globalización económica en el Derecho laboral *(Luis Fernández Molina)* 103

Filosofía

Capitalismo y Ética *(Rafael Termes)* 111

La doctrina social y espíritu del capitalismo. Crónica de un malentendido *(Rafael Termes)* 125

El orden espontáneo en Hayek y la ley natural en Kant *(Norma R. de Dengo)* 137

La ley, la libertad y la sociedad civil *(Karin Escaler)* 145

Sección Estudiantil

Concepción monista o dualista del Derecho a la luz de la Constitución Política de la República de Guatemala *(Juan Sebastián Soto)* 165

Postura dualista o monista del Derecho internacional en Guatemala *(Carlos Rafael Pellecer López)* 167

Sección Legislativa

Decreto Número 8-98 *(Organismo Legislativo. Congreso de la República de Guatemala)* 173

Indice 177

Editorial

MILTON ESTUARDO ARGUETA PINTO[1]

Liberalismo y Derecho

Frecuentemente, el liberalismo ha sido reducido a una concepción meramente económica, principalmente por sus detractores. A menudo, se refieren a él como una teoría económica; nada más alejado de la realidad. Ya que la discusión sobre si se trata de una *doctrina*, de una *teoría* o de una *escuela filosófico-política* excede por mucho este espacio, debiera ser suficiente decir que este *movimiento* surge como una reacción a una vieja preocupación: la amenaza de la restricción y hasta pérdida de la libertad individual ante el ejercicio del poder público. De ahí, la propuesta que durante tanto tiempo ha identificado al liberalismo: la fijación de límites al ejercicio del poder público, precisamente con la finalidad de garantizar la libertad individual. Tres son los efectos de esta delimitación: determina la competencia del Estado, configura el marco dentro del cual el individuo puede actuar y, por ende, fija también los límites de la libertad individual.

Generalmente, este último efecto no es considerado; por el contrario, los detractores del liberalismo concentran sus argumentos en que la propuesta liberal busca eliminar al Estado para que el individuo prácticamente pueda hacer lo que quiera. El liberalismo no propugna por la eliminación del Estado, sino más bien por un Estado limitado a lo que estrictamente le corresponde hacer: ejercer su poder coactivo para garantizar la convivencia interna y externa y en el primer caso, para dirimir los conflictos que se generen entre los individuos actuando en ejercicio de su libertad individual. Curiosa efectividad la del liberalismo: para preservar la libertad individual, limita el poder público a actuaciones que precisamente limitan la libertad individual al dirimir las responsabilidades que el ejercicio de ésta pueda conllevar. Así, el liberalismo fija límites al poder del Estado, pero también fija los de la libertad individual. Y de ambas formas, es esta última la que resulta favorecida. Y en todo ello, el denominador común es el Derecho. Es este conjunto de normas de conducta el que constituye los límites de los que se viene hablando. Pero en un sistema positivista como el que prevalece en los países que siguen una tradición jurídica latina y en el que el Derecho equivale a la ley ¿es posible que esto suceda?.

Al no poder ser *descubiertas* esas normas de conducta, sino *deliberadamente* formuladas por un organismo del Estado, todo parece reducirse a una cuestión de contenido: si las mismas constituyen un conjunto de normas de conducta de igual aplicación para todos, que no prevén ni regulan situaciones en concreto sino, más bien, determinan un amplio campo de actuación, del cual únicamente fijan límites a gobernantes y gobernados, podría decirse que sí es posible que suceda. Ya que en estos sistemas existe la remisión jerárquica a la ley superior -la Constitución- que en última instancia determina la validez del resto de leyes inferiores, será necesario retomar el verdadero y original sentido de la misma como delimitadora del poder público sin entrar a regular asuntos particulares y desechar la falaz idea de que una ley para que sea buena debe ser aprobada *democráticamente*, pues esto último, en nuestros sistemas, es mera cuestión de mayorías; un aspecto matemático-formal que debe ser sustituido por la *opinión*. Aunque el

1 Abogado y Notario. Doctor en Derecho. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

tema es tan grande y complejo que no puede ser discutido y analizado a profundidad en este espacio, después de todo lo mencionado sí es posible aseverar que el liberalismo no es mera cuestión económica; su fundamento jurídico es innegable. Es más, no sería aventurado decir que el Derecho es su esencia. Sin duda, ahora adquiere sentido que nuestra Facultad se llame Facultad de *Derecho* y no de *Leyes*.

Siempre que los legisladores tratan de quitar y destruir la propiedad del pueblo, o reducir a ese pueblo a la esclavitud bajo un poder arbitrario, se colocan a sí mismos en un estado de guerra con el pueblo, quien desde ese momento queda absuelto de cualquier forma posterior de obediencia.

John Locke

Derecho

MARIO FUENTES DESTARAC[1]

Comentarios en torno a la nueva regulación del contrato de agencia, distribución y representación

Sumario

1 Antecedentes
2 Contenido
3 Regulación del contrato de agencia, distribución o representación bajo el Decreto número 78-71 del Congreso de la República
3.1 Regulaciones específicas
3.2 Inconstitucionalidad total del Decreto número 78- 71 del Congreso de la República
3.3 Inconstitucionalidad parcial del Decreto número 78-71 del Congreso de la República
4 Nueva regulación del contrato de agencia, distribución o representación en el *Código de Comercio* (Decreto número 8-98 del Congreso de la República)
4.1 Regulaciones específicas
4.2 Comparaciones con la regulación anterior
5 Observaciones finales

1 Antecedentes

El 3 de marzo de 1998 fue publicado en el *Diario Oficial* el Decreto número 8-98 del Congreso de la República, mediante el cual se reforma el Capítulo II (relativo a los agentes de comercio) del Título II del Libro I del *Código dc Comercio* (Decreto número 2-70 del Congreso de la República), que comprende los artículos del 280 al 291, inclusive, y se deroga el Decreto número 78-71 del Congreso de la República, mediante el cual se regulaba anteriormente el Contrato de Agencia, Distribución o Representación.

El Decreto 8-98 del Congreso de la República entró en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial, de conformidad con lo que dispone el artículo tres del mismo.

2 Contenido

El Decreto número 8-98 del Congreso de la República reforma los artículos 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290 y 291 del *Código dc Comercio.*

El objetivo fundamental de las reformas fue insertar en el *Código dc Comercio* la regulación de los contratos de agencia, distribución o representación, y derogar la ley dispersa que los regulaba anteriormente.

De tal suerte, en el articulado del Capítulo II del Título II de Libro I del *Código dc Comercio* quedaron regulados dichos contratos, específicamente todo lo que se refiere a definiciones de agentes, distribuidores y representantes; funciones, derechos y obligaciones del agente; responsabilidades del principal; la terminación del contrato de agencia, distribución o representación; y las controversias.

3 Regulación del contrato de agencia, distribución o representación bajo el Decreto número 78-71 del Congreso de la República

3.1 Regulaciones específicas

El Decreto número 78-71 del Congreso de la República regulaba el contrato de agencia, distribución o representación en los términos siguientes:

1 Abogado y Notario. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín

a- Regía un espíritu tutelar de las relaciones jurídicas que se derivaban del contrato de agencia, distribución o representación.

b- Se definía el contrato de agencia, distribución o representación y al agente, distribuidor o representante.

c- Se excluía de la aplicación de la ley a los agentes de comercio, a los revendedores mayoristas y a los reputados distribuidores dependientes o ligados por un contrato típicamente laboral.

d- Se establecía que el contrato podía celebrarse mediante escritura pública o documento privado autenticado.

e- Se establecían las causas por las cuales podía darse por terminado o rescindirse el contrato: Por mutuo consentimiento; por vencimiento del plazo; por causa justa; por decisión del agente, distribuidor o representante con preaviso; y por decisión de principal en cualquier tiempo, siempre y cuando se allanare al pago de los daños y perjuicios en los rubros establecidos por el artículo 6º del Decreto número 78-71 del Congreso de la República.

f- Se especificaban las causas justas para la terminación del contrato:
   - Respecto de ambos contratantes: por incumplimiento de una de las partes; por la comisión de algún delito contra la propiedad de la otra parte; y por la negativa infundada de la otra parte a rendir los informes y cuentas o practicar las liquidaciones relativas al negocio, en los términos pactados.
   - Respecto del principal: la divulgación o información a tercero, sin autorización del agente, distribuidor o representante, de todo hecho, dato, clave o fórmula cuyo secreto se le haya confiado por virtud del respectivo contrato; y la baja en el promedio de ventas o colocación de los bienes o servicios convenidos y deberse a negligencia o ineptitud comprobada judicialmente del agente, distribuidor o representante.
   - Respecto del agente, distribuidor o representante: cuando el principal haya llevado a cabo actos que directa o indirectamente impidan o tendieran a impedir que el agente, representante o distribuidor cumpla con el contrato.

g- Se determinaba que si el principal daba por terminado o rescindía el contrato, sin mediar alguna de las referidas causas justas, o con ese fin llevaba a cabo actos que directa o indirectamente impidieran o tendieran a impedir que el agente, distribuidor o representante cumpliera con sus obligaciones contractuales o, en su caso, se había beneficiado con los derechos provenientes de la relación contractual, dicho principal debía indemnizar al agente, distribuidor o representante los daños y perjuicios presumiblemente irrogados.

h- Se fijaba la indemnización por los daños y perjuicios presumiblemente irrogados de conformidad con los rubros expresa y taxativamente previstos en el artículo 6º del Decreto número 78-71 del Congreso de la República: reintegro de gastos directos y de promoción o propaganda efectuados por el agente, distribuidor o representante, durante el último año; pago del monto de inversiones no recuperables o aprovechables para otros fines; pago de las mercancías existentes no vendidas y en buen estado; pago del 50% de la utilidad bruta que pudiera haberse obtenido de la venta de las mercancías indicadas; pago de una cantidad equivalente al monto de las utilidades brutas que el agente, distribuidor o representante hubiese obtenido durante los últimos tres años; y el pago de las indemnizaciones laborales respectivas.

i- Se preceptuaba que siempre que las partes no se hubiesen puesto de acuerdo sobre la cuantía de los daños y perjuicios a pagarse por la terminación del contrato sin justa causa, el monto de los mismos se debía fijar judicialmente por medio de expertos y dentro del juicio sumario.

j- Se consignaba que el principal, cuando hubiese sido demandado, podía surtir en otra persona el contrato o desarrollar en cualquier otra forma las actividades comprendidas en el mismo, pero debía acreditar que había pagado la indemnización respectiva, o caucionado su responsabilidad mediante fianza suficiente, bajo pena de sanción pecuniaria.

3.2 Inconstitucionalidad total del Decreto número 78-71 del Congreso de la República

En mi opinión, el Decreto número 78-71 del Congreso de la República era incompatible, en forma total, con la Constitución Política de la República de Guatemala, por las siguientes razones técnico-jurídicas:

En el único considerando de la ley impugnada se establecía que la misma había sido dictada para *tutelar*

jurídicamente las relaciones que derivaban del contrato de agencia, distribución o representación, *así como a cumplir con los principios de protección social e igualdad jurídica.*

Según el *Diccionario de la Lengua Española*, tutela se conceptúa como *dirección, amparo, protección o defensa*[2] *y entiende por proteger como amparar, favorecer, defender,*[3] *y la Constitución Política de la República de Guatemala* establece en forma taxativa y expresa las instituciones sujetas a tutela jurídica o protección social: a familia (artículo 47), la cultura (artículo 59), las comunidades indígenas (artículos 66 y 67), la educación (artículos 71 y 73), la salud, seguridad y asistencia social (artículos 94 y 96), el trabajo (artículos 101 y 103), etcétera.

En el artículo 43 de la *Constitución Política de la República de Guatemala* se reconoce la libertad de comercio y de industria, pero no establece ningún tipo de tutela o protección jurídica específica para dichas actividades.

En todo caso, la tutela o protección de las relaciones comerciales que derivan del contrato de agencia, distribución o representación, dentro del contexto de la economía de mercado, se convierte en un privilegio (prohibido por el artículo 130 de la Constitución) y en una discriminación para todas las otras relaciones comerciales (prohibida por el artículo 4º de la Constitución).

Por otro lado, la tutela o protección a agentes, distribuidores o representantes va en detrimento de los consumidores, porque se distorsiona la competencia y el libre juego de la oferta y la demanda, extremo que no es compatible con lo que preceptúa el artículo 119, incisos h) c i), de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*

Asimismo, la protección o tutela a agentes, distribuidores o representantes no es compatible con el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior ni estimula la inversión en el país, por lo que no se ajusta a lo que dispone el artículo 119, incisos l) y n), de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*

Finalmente, la tutela o protección en favor de agentes, distribuidores o representantes lesiona el principio de libre contratación contenido en el artículo 43 de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*

3.3 Inconstitucionalidad parcial del Decreto número 78-71 del Congreso de la República

Asimismo, considero que varias disposiciones del Decreto número 78-71 del Congreso de la República violan preceptos constitucionales, a saber:

a) El artículo 2º, inciso b), del Decreto número 78-71 del Congreso de la República, al establecer la inaplicabilidad de la ley a los agentes de comercio y a los revendedores mayoristas, claramente negaba el derecho a disfrutar de los beneficios que concede la ley, es decir, que los discriminaba, en abierta contravención a lo que dispone el artículo 4 de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*
b) El artículo 3º, incisos c) y e), del Decreto número 78-71 del Congreso de la República, al establecer una *causa justa* para terminar o rescindir un contrato de agencia, distribución o representación, restringía la libre contratación comercial o industrial, desnaturalizaba el principio de igualdad de las partes en materia de negociación mercantil y estimulaba el monopolio y los privilegios, en contravención a lo que disponen los artículos 4, 43 y 130 de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*
c) El artículo 4º del Decreto número 78-71 del Congreso de la República, al regular la *causa justa* para terminar o rescindir un contrato de agencia, distribución o representación, limitaba la libre contratación comercial o industrial y desnaturalizaba el principio de igualdad de las partes en materia de negociación mercantil, contrario a lo que disponen los artículos 4, 43 y 130 de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*
d) Los artículos 5º y 6º del Decreto número 78-71 del Congreso de la República, al presumir la irrogación de daños y perjuicios por parte del principal (presunción de culpabilidad del principal) y prestablecer una tabla de indemnización tasada, de manera indiscriminada y arbitraria, restringía y coartaba los derechos de igualdad, de defensa, al

2 *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª edición. II:1353
3 *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª edición, II:114

debido proceso y a la presunción de inocencia (consagrados en los artículos 4, 12, párrafo primero, y 14 de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*

e) Los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto número 78-71 del Congreso de la República, al establecer la obligación para el principal de pagar daños y perjuicios, limitaba la libre contratación comercial o industrial, desnaturalizaba el principio de igualdad de las partes en materia de negociación mercantil, estimulando el monopolio y los privilegios y restringía la libertad de elección de bienes y servicios de los consumidores, en contravención a lo que disponen los artículos 4, 43, 119, incisos h) e i), y 130 de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*

f) El artículo 8º del Decreto número 78-71 del Congreso de la República, al condicionar la contratación al pago de daños y perjuicios, coartaba la libertad de contratación comercial o industrial, desnaturalizando el principio de igualdad de las partes en materia de negociación mercantil, estimulando el monopolio y los privilegios y restringiendo la libertad de elección de bienes y servicios de los consumidores, en abierta contravención a lo dispuesto por los artículos 4, 43, 119, incisos h) e i), y 130 de la *Constitución Política de la República de Guatemala.*

4 Nueva regulación del contrato de agencia, distribución o representación en el Código de Comercio (Decreto número 8-98 del Congreso de la República)

4.1 Regulaciones específicas

El Decreto número 8-98 del Congreso de la República regula el contrato de agencia, distribución o representación en los términos siguientes:

a) Se define quién es un agente de comercio (dependiente e independiente), un distribuidor y un representante, dejándose claro que las disposiciones de la ley no son aplicables a contratos o relaciones de licencias de uso o usufructo de propiedad industrial e intelectual y de franquicias comerciales.

b) Se admite la existencia de agentes, distribuidores y representantes exclusivos para una zona determinada.

c) Se establece que el agente no puede actuar por cuenta del principal sin la autorización expresa de éste, pero sí puede recibir quejas y reclamaciones con relación a los negocios efectuados por su medio.

d) Se determina que lo convenido entre las partes, salvo lo dispuesto expresamente por la ley, se regirán por lo convenido entre éstas.

e) Se preceptúa que el agente, salvo pacto expreso en contrario, tendrá derecho a una comisión sobre la cuantía del negocio que se realice por su intervención, de acuerdo con los usos y prácticas del lugar; y, en iguales condiciones, también tendrá derecho a percibir comisión por los negocios concluidos directamente por el principal con efectos en la zona reservada para el agente exclusivo.
Asimismo, se estimula que si por dolo o culpa del principal o por convenio entre el principal y el tercero (en este caso salvo pacto en contrario) no llegare a realizarse, en todo o en parte, un negocio contratado por medio del agente, éste conservará el derecho a reclamar íntegra su comisión.

f) Se consigna que el contrato de agencia, distribución o representación puede rescindirse o terminar: Por mutuo consentimiento entre las partes; por vencimiento del plazo; por decisión del agente con preaviso; por decisión del principal sin justa causa, en cuyo caso deberá pagar los daños y perjuicios causados; y por justa causa.
Hay justa causa para cualquiera de las partes: por incumplimiento o contravención de la otra parte de las obligaciones pactadas; por comisión de algún delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra; y por la negativa infundada de la otra parte a rendir los informes y cuentas o practicar las liquidaciones relativas al negocio, en el tiempo y modo que se hubiere convenido.
Existe justa causa para el principal: si el agente divulga o comunica a tercero, sin la debida autorización, información confidencial; y por la baja en el promedio de ventas o colocación de bienes o servicios convenidos, debido a negligencia o ineptitud del agente comprobada judicialmente.
Se presenta justa causa para el agente, distribuidor o representante cuando el principal hubiere llevado a cabo actos que directa o indirectamente impidan o tendieran a impedir que el agente, representante o distribuidor cumpla con el contrato.

g) Se consigna que cuando las partes no se pusieren de acuerdo, después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva sobre la cuantía de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados, el monto de la misma se determinará judicialmente, en la vía sumaria, en cuyo caso el demandante deberá proponer dictamen de expertos para que fije la existencia y cuantía de los daños y perjuicios.

h) Se establece que las controversias derivadas del contrato pueden dirimirse por la vía judicial o por medio de arbitraje, aunque los respectivos procesos deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales o arbitrarles. Asimismo, en caso de que una de las partes fuere condenada al pago de indemnización, la sentencia o el laudo podrá pronunciarse sobre:

1- La existencia o no de perjuicios y, en su caso, la cuantía de los mismos que en equidad corresponda.

2- La existencia o no de daños y, en su caso, la cuantía de los mismos, en los siguientes rubros:

* Por concepto de gastos directos y de promoción o propaganda, durante el último año;
* Por concepto de inversiones siempre que no fueren recuperables o aprovechables para otros fines;
* Por concepto de pago de las mercancías existentes al precio de costo bodega (CIF), que ya no pudieren venderse por causa de la terminación o rescisión del contrato, siempre que estuvieren en buen estado.
* Por concepto de indemnizaciones a que tuvieren derecho los trabajadores cuyo despido obedeciere a la terminación del contrato.

i) Se deroga el Decreto número 78-71 del Congreso de la República. No obstante, los contratos o relaciones jurídicas existentes al amparo de dicho Decreto continúan rigiéndose por sus normas, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, literales f) y k), de la *Ley del Organismo Judicial*, hasta el efectivo vencimiento o terminación de los mismos.

4.2 Comparaciones con la regulación anterior

Al comparar las disposiciones del Decreto número 8-98 del Congreso de la República con la normativa del Decreto número 78-71 del Congreso de la República, se establece lo siguiente:

Esto, en alguna medida, desvanece la tesis que daba el carácter de irrenunciables a los derechos derivados del contrato de agencia, distribución o representación, especialmente el derecho a la indemnización, bajo el argumento que tal renuncia era contraria al interés social o al orden público, con base en lo que dispone el artículo 19 de la *Ley del Organismo Judicial.*

b) En la nueva ley se omitió la regulación que excluía a los revendedores mayoristas de la aplicación de la ley, y aquélla que establecía que el contrato podía celebrarse en escritura pública o documento privado autenticado.

c) En la nueva ley se mantiene el derecho del agente, distribuidor o representante al pago de indemnización por los daños y perjuicios irrogados, en caso de terminación del contrato por causa injustificada.

d) En la nueva ley se dispone el pago de daños y perjuicios en caso de invocación de justa causa por cualquiera de los contratantes, extremo que no era factible bajo la regulación anterior.

e) Bajo la nueva regulación se contempla un acuerdo sobre la cuantía de los daños y perjuicios solamente después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato, mientras que en la regulación anterior se admitía la posibilidad de que el acuerdo se pactara al principio o durante la relación contractual.

f) En la nueva ley se omitió la presunción legal de la existencia de daños y perjuicios; y, en todo caso, si se imputaren daños y perjuicios, debe determinarse su existencia, para después proceder a su cuantificación.

g) En la nueva ley se omitió la prohibición de contratar un nuevo agente, distribuidor o representante, mientras no se hubiere pagado o caucionado la indemnización en favor del anterior agente, distribuidor o representante.

5 Observaciones finales

Finalmente, considero oportuno hacer algunas observaciones finales con respecto a la nueva regulación del contrato de agencia, distribución o representación, contenida en el Decreto número 8-98 del Congreso de la República, a saber:

a) Se optó por la derogación de una ley mercantil dispersa y por la inserción en el *Código de Comercio* de la regulación del contrato de agencia, distribución o representación, privilegiándose el criterio de unidad sistemática en la legislación mercantil.
b) El Decreto número 78-71 del Congreso de la República adolecía de vicios de inconstitucionalidad, por lo que fue razonable y procedente su derogación.
c) El Decreto número 8-98 del Congreso de la República, al establecer una *causa justa* (eminentemente tutelar) para terminar o rescindir un contrato de agencia, distribución o representación, restringe la libre contratación comercial o industrial, desnaturaliza el principio de igualdad de las partes en materia de negociación mercantil y estimula el monopolio y los privilegios, en contravención a lo que disponen los artículos 4, 43 y 130 de la *Constitución Política de la República de Guatemala*.
d) El Decreto número 8-98 del Congreso de la República, al regular la *causa justa* para terminar o rescindir un contrato de agencia, distribución o representación, limita la libre contratación comercial o industrial y desnaturaliza el principio de igualdad de las partes en materia de negociación mercantil, contrario a lo que disponen los artículos 4, 43 y 130 de la *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Los impuestos sin representación son una forma de tiranía.

James Otis

PEDRO MENDOZA MONTANO[1]

El contrato internacional de distribución

Sumario

1 La intermediación extranjera como instrumento de penetración de mercados
1.1 Introducción
1.2 Penetración a mercados extranjeros mediante el uso de agentes o distribuidores
2 El contrato internacional de distribución
2.1 El contrato de distribución en general
2.1.1 Definición
2.1.2 Caracteres
2.1.3 Elementos del Contrato de Distribución
2.1.4 Obligaciones de las partes
2.1.5 Terminación del contrato de distribución
3 Negociación y contenido de un contrato de distribución
3.1 Aspectos generales
3.2 Cláusulas que normalmente se incluyen en un contrato de distribución
3.2.1 Designación
3.2.2 Territorio
3.2.3 Productos a distribuir
3.2.4 Duración
3.2.5 Precios
3.2.6 Envíos de mercadería
3.2.7 Cuotas mínimas de venta
3.2.8 Publicidad
3.2.9 Cesión del contrato
3.2.10 Confidencialidad
3.2.11 Obligaciones fundamentales del distribuidor
3.2.12 Propiedad intelectual
3.2.13 Legislación y Jurisdicción aplicable
3.2.14 Terminación
3.3 El contrato de distribución en la legislación guatemalteca

1 La intermediación extranjera como instrumento de penetración de mercados

1.1 Introducción

Son muchas las formas en que pueden comercializarse productos en mercados extranjeros y consumar ventas internacionales. En términos generales, toda actividad de venta de bienes en mercados extranjeros implica una actividad de exportación, y, a su vez, toda actividad de compra de bienes provenientes del extranjero incluye una actividad de importación.

La actividad exportadora puede ser clasificada en dos categorías: directa e indirecta.

La exportación directa la lleva a cabo el propio fabricante, desarrollando para ello, dentro de su empresa, una organización específica y adecuada para tales fines, y en el desarrollo de tal actividad puede o no valerse de intermediarios extranjeros.

La exportación indirecta, por su parte, es la utilizada por el fabricante que desea expander sus ventas a mercados internacionales, pero no desea incurrir en los costos que implica el desarrollo de un departamento de exportación, para ello, se vale de intermediarios locales que asumen la responsabilidad y riesgos de envío de mercadería.

Entre las diversas formas de introducción y venta de bienes en mercados extranjeros podemos mencionar las siguientes como las más comúnmente utilizadas:

a- Celebración de contratos con intermediarios locales. En este caso, el fabricante celebra un contrato con una compañía local que se haga cargo de las ventas internacionales de sus productos. Cada contrato

1 Abogado y Notario. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

determina la forma y extensión de las obligaciones de tales intermediarios, que pueden ir desde simplemente servir como agente del fabricante negociando y cerrando ventas a nombre de aquél, o bien, adquirir para sí la titularidad de los bienes y revenderlos en el extranjero a mayor precio. El uso particular de una de estas formas de intermediación podrá cambiar a medida que el nivel de crecimiento de ventas en los mercados extranjeros vaya en aumento.

b- Uso de Agentes Viajeros.
Es uno de los métodos más antiguos de expansión de mercados internacionales. En este caso, el fabricante lleva a cabo las ventas desde su país de origen sin tener presencia, representación o relación formal en el mercado extranjero, utilizando para ello a empleados suyos especialmente enviados a dichos mercados con el fin de establecer contacto con potenciales compradores y concretar ventas o pedidos de mercadería. Asimismo, un fabricante puede llevar a cabo ventas internacionales sin tener presencia formal en los mercados extranjeros, gracias a su sola reputación en tales mercados, o bien, gracias a la publicidad o su participación en exposiciones o ferias internacionales.

c- Celebración de contratos con intermediarios extranjeros.
En este caso el fabricante celebra un contrato con una compañía cuya función principal será la de desarrollar el mercadeo y ventas de los productos del fabricante, en un determinado territorio extranjero. El tipo específico de relación contractual que habrá de existir entre el fabricante y el intermediario extranjero puede revestir formas muy variadas y es por tal razón que es de suma importancia que la misma quede establecida y comprendida en un contrato escrito, cuidadosamente elaborado. A este tipo pertenecen los denominados contratos de agencia o representación de ventas y los contratos de distribución.

d- Establecimiento del propio fabricante en el mercado extranjero.
En este caso, el fabricante establece una presencia comercial formal en el mercado extranjero por medio de una subsidiaria o una sucursal. Una sucursal constituye una mera extensión de la misma entidad corporativa mientras que una subsidiaria implica una entidad corporativa diferente, creada de acuerdo a la legislación del país en que se establece.

Aunque generalmente los anteriores son los métodos mas comúnmente utilizados para introducirse en mercados extranjeros, existen muchas otras variantes legales que pueden utilizarse para tales fines. Sin embargo, normalmente, para lograr una eficaz penetración en mercados extranjeros el sistema más comúnmente utilizado es la celebración de contratos con intermediarios extranjeros, específicamente contratos de agencia o de distribución.

1.2 Penetración a mercados extranjeros mediante el uso de agentes o distribuidores

La utilización de intermediarios extranjeros, esto es, de agentes o distribuidores, como medios eficaces para lograr la introducción en mercados extranjeros de sus productos, envuelve una compleja variedad de consideraciones e implicaciones legales. Sin duda la primera y más importante de ellas es la de decidir qué tipo de intermediario extranjero habrá de utilizarse. Para ello deben considerarse, entre muchas otras cosas, los objetivos del fabricante, las necesidades de los consumidores, habilidades y disponibilidad del intermediario y cuál de las opciones ofrece las mayores ventajas económicas y legales, de conformidad con las particularidades de cada caso. De cualquier forma, el uso de intermediarios extranjeros responde a una necesidad económica fundamental del fabricante que busca la expansión de sus ventas, al permitirle intentar, sin riesgo, la penetración en territorios donde sus productos no estaban presentes y donde una organización de ventas a través de empleados propios sería demasiado onerosa.

En términos generales, las relaciones comerciales de agencia o de distribución pueden surgir como producto de la celebración de los respectivos contratos de agencia o de distribución. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las dos categorías anteriores constituyen meramente una forma de clasificación general, y, en la realidad, pueden encontrarse gran cantidad de variantes, entre ellas, dependiendo de las necesidades y condiciones específicas de las partes contratantes, incluso no es difícil encontrar casos en que las figuras de 'agente' o 'distribuidor' se usan indistinta o inapropiadamente. Por tal razón, para comprender debidamente un contrato de esta naturaleza deben analizarse en cada caso las actividades y obligaciones a cargo del fabricante y del intermediario extranjero.

fabricante queda desvinculado de las sucesivas reventas hechas por el distribuidor.

ii) Estabilidad: El elemento de estabilidad significa que la vinculación entre el distribuidor y el fabricante no es esporádica y resultante de negocios aislados sino que ambas partes están unidas por un contrato de duración por el cual se rigen todas las operaciones que surjan como consecuencia del mismo, tendentes todas a la consecución de un fin común que es lograr la venta a terceros del producto en cuestión.

iii) Control: Típicamente el distribuidor es un empresario independiente que pone su empresa al servicio del fabricante, actúa en su nombre y por cuenta propia y no en representación del proveedor. Además, como se indicó, el distribuidor adquiere la titularidad de los bienes de manos del proveedor y los riesgos consiguientes, de modo que este último no tiene responsabilidad ni vinculación alguna en las ventas posteriores que haga el distribuidor. Sin embargo, puede decirse que sí existe, en cierta medida, en la relación distribuidor-fabricante, un cierto factor de control manifestado esencialmente en la planificación comercial prevista en todo contrato de distribución y dentro de la cual se regulan aspectos como fijación de precios unitarios y directrices de los programas de propaganda o publicidad, y, obligatoriedad de tener establecimiento abierto, estacionamiento y depósito o inventario de un determinado número de producto. La previsión en el contrato de distribución de ciertas directivas impartidas por el fabricante y su obligatoriedad de cumplimiento por parte del distribuidor, no significa la pérdida de la autonomía técnica, jurídica o económica del distribuidor respecto del fabricante sino más bien uno de los medios necesarios para el desarrollo del régimen de colaboración existente entre las partes.

iv) Asignación geográfica o territorial: En el contrato de distribución se asigna al distribuidor una zona geográfica o territorial determinada de actuación, con derecho o no a exclusividad sobre ella. Esta asignación de zona es un derecho y, a la vez, una limitación, puesto que el contrato debe realizarse y sus obligaciones cumplirse dentro de la zona designada.

b) Elementos natura-ocasionales

i) Exclusividad: La cláusula de exclusividad puede ser estipulada o no y ser unilateral o bilateral. Dicha exclusividad puede hacer referencia al territorio, al producto a distribuir o a ambos. Así, un distribuidor tendrá la exclusividad de un territorio cuando únicamente corresponda a él la facultad de vender el producto en el mismo, de modo que el fabricante no pueda designar a otro distribuidor para ese mismo territorio. A su vez, el distribuidor se obliga a desarrollar sus actividades exclusivamente en el territorio asignado. Por otra parte, puede pactarse la exclusividad del producto a distribuir, de modo que únicamente el distribuidor favorecido con la misma esté facultado para distribuir tal producto en el área designada.

ii) Duración: El contrato de distribución puede prever un plazo determinado de duración, o bien, puede convenirse por un tiempo indeterminado. En términos generales, lo mas aconsejable es que se fije un término de duración para la vigencia del contrato, ello permite que, a la conclusión del mismo, las partes involucradas tengan oportunidad de considerar la conveniencia de seguir o no con la relación de distribución, y si fuera el caso, de poderse liberar de un contrato que no responde a los fines propuestos. El fabricante podrá valorar el desempeño y capacidad del distribuidor y éste, a su vez, podrá apreciar la aceptación de la mercadería distribuida. En la mayoría de los casos el plazo se fija en un año sin posibilidad de prórroga tácita.

2.1.4 Obligaciones de las partes

Las obligaciones, y por consiguiente, los derechos, que corresponderán a las partes de un contrato de distribución, serán de diversa índole de acuerdo con las particularidades de la relación contractual que haya de establecerse entre ellas, actividades específicas asignadas a cada una de ellas, naturaleza del producto a distribuir y la modalidad y condiciones específicas adoptadas para regir la relación contractual. Sin embargo, las siguientes pueden establecerse como las obligaciones típicas y fundamentales de las partes de un contrato de distribución:

a- Respecto del fabricante o principal

Su obligación fundamental será la de entregar la mercadería en la cantidad, tiempo y forma previstas. Asimismo, si se hubiere convenido exclusividad, tendrá la obligación de respetar dicho acuerdo en los términos pactados.

b- Respecto del distribuidor

Son obligaciones fundamentales de todo distribuidor: Promover la venta de las mercaderías y obtener la mayor venta posible de las mismas, cubriendo, si así se hubiere convenido, los porcentajes mínimos de venta pactados; si se hubiere convenido exclusividad, respetar dicho acuerdo en los términos pactados; pagar la mercadería adquirida al fabricante en la forma y tiempo convenidos; mantener el inventario mínimo convenido, y respetar y proteger la propiedad intelectual del proveedor.

2.1.5 Terminación del contrato de distribución

La mayor problemática en torno a los contratos de distribución surge al momento de la terminación de los mismos, principalmente en aquellos países que poseen legislación tutelar respecto de los distribuidores y agentes locales. Dicha legislación se centra en dos aspectos fundamentales: requerimientos mínimos respecto a los preavisos y otorgamiento de compensaciones. Específicamente, este tipo de legislación proteccionista obliga al fabricante o proveedor que pone fin, por causas distintas a aquellas establecidas por la ley, o que se niega a renovar un contrato de distribución, a cubrir requerimientos específicos de notificación o aviso de la terminación, o bien, a pagar indemnización al distribuidor, o a ambos. El fundamento de tales disposiciones descansa en la premisa que el distribuidor ha invertido gran cantidad de tiempo, dinero y esfuerzo en desarrollar un mercado para los productos del fabricante y, por tanto, merece que se le otorgue suficiente tiempo para encontrar una nueva línea de actividad comercial, o bien, ser compensado por la inversión efectuada en caso que la terminación sea arbitraria o injustificada.

En la mayoría de casos, este tipo de legislaciones tutelares impide a las partes evitar la aplicación de sus disposiciones mediante la elección de una ley de otra jurisdicción como la ley que habrá de regir el contrato o el convenio de someter sus disputas en materia de terminación a arbitraje o a las cortes de otra jurisdicción. Aunque las disposiciones tutelares no pueden ser eludidas mediante convenio, su rigurosa aplicación puede, en cierto modo, ser mitigada mediante un conocimiento amplio de su contenido y efectos prácticos, una competente asesoría jurídica local y una cuidadosa redacción del contrato.

Existe consenso respecto de los principales motivos por los que un contrato de distribución puede terminar sin generar responsabilidad para ninguna de las dos partes, siendo éstos: el acuerdo de ambas partes, el vencimiento del plazo del contrato y la terminación por 'justa causa'. Respecto de este último es importante señalar que la mayor parte de legislaciones tutelares han regulado detalladamente las 'causas justas' por las que un contrato de distribución puede darse por terminado unilateralmente antes del vencimiento de su plazo, contra las cuales no cabe pactar en contrario. En términos generales, toda terminación del contrato por parte del fabricante que no esté fundamentada en alguna de las 'causas justas' establecidas en la ley, genera para éste la obligación de pagar una compensación al distribuidor afectado. La forma de calcular el monto de dicha compensación también ha sido objeto, en la mayoría de legislaciones tutelares, de regulación minuciosa, de modo que en su determinación deben necesariamente observarse los rubros establecidos en las disposiciones legales sobre la materia. Por lo general, dicha compensación comprenderá, entre otros: las utilidades dejadas de percibir por el distribuidor durante el tiempo que le tome establecer nuevas operaciones comerciales, gastos ordinarios y de publicidad, inversiones no recuperables o aprovechables de otra manera, el costo de la mercadería no colocada e indemnizaciones laborales por despido de personal.

3 Negociación y contenido de un contrato de distribución

3.1 Aspectos generales

Es conveniente que los términos y pactos de todo contrato de distribución se incluyan en un documento escrito que permita a las partes entender clara y plenamente sus derechos y obligaciones, y, de ese modo, minimizar posibles conflictos futuros. Algunas legislaciones, incluso, requieren que todo contrato de distribución que vaya a surtir efectos dentro de su

fabricante queda desvinculado de las sucesivas reventas hechas por el distribuidor.

ii) Estabilidad: El elemento de estabilidad significa que la vinculación entre el distribuidor y el fabricante no es esporádica y resultante de negocios aislados sino que ambas partes están unidas por un contrato de duración por el cual se rigen todas las operaciones que surjan como consecuencia del mismo, tendentes todas a la consecución de un fin común que es lograr la venta a terceros del producto en cuestión.

iii) Control: Típicamente el distribuidor es un empresario independiente que pone su empresa al servicio del fabricante, actúa en su nombre y por cuenta propia y no en representación del proveedor. Además, como se indicó, el distribuidor adquiere la titularidad de los bienes de manos del proveedor y los riesgos consiguientes, de modo que este último no tiene responsabilidad ni vinculación alguna en las ventas posteriores que haga el distribuidor. Sin embargo, puede decirse que sí existe, en cierta medida, en la relación distribuidor-fabricante, un cierto factor de control manifestado esencialmente en la planificación comercial prevista en todo contrato de distribución y dentro de la cual se regulan aspectos como fijación de precios unitarios y directrices de los programas de propaganda o publicidad, y, obligatoriedad de tener establecimiento abierto, estacionamiento y depósito o inventario de un determinado número de producto. La previsión en el contrato de distribución de ciertas directivas impartidas por el fabricante y su obligatoriedad de cumplimiento por parte del distribuidor, no significa la pérdida de la autonomía técnica, jurídica o económica del distribuidor respecto del fabricante sino más bien uno de los medios necesarios para el desarrollo del régimen de colaboración existente entre las partes.

iv) Asignación geográfica o territorial: En el contrato de distribución se asigna al distribuidor una zona geográfica o territorial determinada de actuación, con derecho o no a exclusividad sobre ella. Esta asignación de zona es un derecho y, a la vez, una limitación, puesto que el contrato debe realizarse y sus obligaciones cumplirse dentro de la zona designada.

b) Elementos natura-ocasionales

i) Exclusividad: La cláusula de exclusividad puede ser estipulada o no y ser unilateral o bilateral. Dicha exclusividad puede hacer referencia al territorio, al producto a distribuir o a ambos. Así, un distribuidor tendrá la exclusividad de un territorio cuando únicamente corresponda a él la facultad de vender el producto en el mismo, de modo que el fabricante no pueda designar a otro distribuidor para ese mismo territorio. A su vez, el distribuidor se obliga a desarrollar sus actividades exclusivamente en el territorio asignado. Por otra parte, puede pactarse la exclusividad del producto a distribuir, de modo que únicamente el distribuidor favorecido con la misma esté facultado para distribuir tal producto en el área designada.

ii) Duración: El contrato de distribución puede prever un plazo determinado de duración, o bien, puede convenirse por un tiempo indeterminado. En términos generales, lo mas aconsejable es que se fije un término de duración para la vigencia del contrato, ello permite que, a la conclusión del mismo, las partes involucradas tengan oportunidad de considerar la conveniencia de seguir o no con la relación de distribución, y si fuera el caso, de poderse liberar de un contrato que no responde a los fines propuestos. El fabricante podrá valorar el desempeño y capacidad del distribuidor y éste, a su vez, podrá apreciar la aceptación de la mercadería distribuida. En la mayoría de los casos el plazo se fija en un año sin posibilidad de prórroga tácita.

2.1.4 Obligaciones de las partes

Las obligaciones, y por consiguiente, los derechos, que corresponderán a las partes de un contrato de distribución, serán de diversa índole de acuerdo con las particularidades de la relación contractual que haya de establecerse entre ellas, actividades específicas asignadas a cada una de ellas, naturaleza del producto a distribuir y la modalidad y condiciones específicas adoptadas para regir la relación contractual. Sin embargo, las siguientes pueden establecerse como las obligaciones típicas y fundamentales de las partes de un contrato de distribución:

a- Respecto del fabricante o principal

Su obligación fundamental será la de entregar la mercadería en la cantidad, tiempo y forma previstas. Asimismo, si se hubiere convenido exclusividad, tendrá la obligación de respetar dicho acuerdo en los términos pactados.

b- Respecto del distribuidor

Son obligaciones fundamentales de todo distribuidor: Promover la venta de las mercaderías y obtener la mayor venta posible de las mismas, cubriendo, si así se hubiere convenido, los porcentajes mínimos de venta pactados; si se hubiere convenido exclusividad, respetar dicho acuerdo en los términos pactados; pagar la mercadería adquirida al fabricante en la forma y tiempo convenidos; mantener el inventario mínimo convenido, y respetar y proteger la propiedad intelectual del proveedor.

2.1.5 Terminación del contrato de distribución

La mayor problemática en torno a los contratos de distribución surge al momento de la terminación de los mismos, principalmente en aquellos países que poseen legislación tutelar respecto de los distribuidores y agentes locales. Dicha legislación se centra en dos aspectos fundamentales: requerimientos mínimos respecto a los preavisos y otorgamiento de compensaciones. Específicamente, este tipo de legislación proteccionista obliga al fabricante o proveedor que pone fin, por causas distintas a aquellas establecidas por la ley, o que se niega a renovar un contrato de distribución, a cubrir requerimientos específicos de notificación o aviso de la terminación, o bien, a pagar indemnización al distribuidor, o a ambos. El fundamento de tales disposiciones descansa en la premisa que el distribuidor ha invertido gran cantidad de tiempo, dinero y esfuerzo en desarrollar un mercado para los productos del fabricante y, por tanto, merece que se le otorgue suficiente tiempo para encontrar una nueva línea de actividad comercial, o bien, ser compensado por la inversión efectuada en caso que la terminación sea arbitraria o injustificada.

En la mayoría de casos, este tipo de legislaciones tutelares impide a las partes evitar la aplicación de sus disposiciones mediante la elección de una ley de otra jurisdicción como la ley que habrá de regir el contrato o el convenio de someter sus disputas en materia de terminación a arbitraje o a las cortes de otra jurisdicción. Aunque las disposiciones tutelares no pueden ser eludidas mediante convenio, su rigurosa aplicación puede, en cierto modo, ser mitigada mediante un conocimiento amplio de su contenido y efectos prácticos, una competente asesoría jurídica local y una cuidadosa redacción del contrato.

Existe consenso respecto de los principales motivos por los que un contrato de distribución puede terminar sin generar responsabilidad para ninguna de las dos partes, siendo éstos: el acuerdo de ambas partes, el vencimiento del plazo del contrato y la terminación por 'justa causa'. Respecto de este último es importante señalar que la mayor parte de legislaciones tutelares han regulado detalladamente las 'causas justas' por las que un contrato de distribución puede darse por terminado unilateralmente antes del vencimiento de su plazo, contra las cuales no cabe pactar en contrario. En términos generales, toda terminación del contrato por parte del fabricante que no esté fundamentada en alguna de las 'causas justas' establecidas en la ley, genera para éste la obligación de pagar una compensación al distribuidor afectado. La forma de calcular el monto de dicha compensación también ha sido objeto, en la mayoría de legislaciones tutelares, de regulación minuciosa, de modo que en su determinación deben necesariamente observarse los rubros establecidos en las disposiciones legales sobre la materia. Por lo general, dicha compensación comprenderá, entre otros: las utilidades dejadas de percibir por el distribuidor durante el tiempo que le tome establecer nuevas operaciones comerciales, gastos ordinarios y de publicidad, inversiones no recuperables o aprovechables de otra manera, el costo de la mercadería no colocada e indemnizaciones laborales por despido de personal.

3 Negociación y contenido de un contrato de distribución

3.1 Aspectos generales

Es conveniente que los términos y pactos de todo contrato de distribución se incluyan en un documento escrito que permita a las partes entender clara y plenamente sus derechos y obligaciones, y, de ese modo, minimizar posibles conflictos futuros. Algunas legislaciones, incluso, requieren que todo contrato de distribución que vaya a surtir efectos dentro de su

territorio sea celebrado por escrito, y, en ocasiones, inscrito en la oficina gubernamental correspondiente.

Los términos y contenido de un contrato de distribución serán, en su gran mayoría, el resultado de un proceso de negociación entre las partes; sin embargo, dicho contenido también estará determinado por las disposiciones legislativas aplicables. Como se indicó, son muchos los países que poseen legislaciones de carácter proteccionista respecto de los distribuidores locales, y, aunque el fabricante puede intentar eludir la aplicación de las mismas mediante cláusulas contractuales que impongan como ley regente del contrato la legislación del país de origen del fabricante u otra que inspire confianza, la medida en que dichas cláusulas sean consideradas como prevalentes sobre las disposiciones legales y, por ende, eficaces y ejecutables, es incierta y variable de una jurisdicción a otra. Así, algunas pueden considerar que dichas cláusulas prevalecen sobre la ley, excluyéndola; mientras que otras considerarán que las disposiciones legislativas en materia del contrato de distribución son leyes de orden público y, por consiguiente, ineludibles por las partes mediante disposición en contrario.

Por todo lo anterior, es esencial para el fabricante, previo a iniciar el proceso de negociación de un contrato de distribución, lo siguiente:

* Conocer con toda precisión a la persona con quien estará negociando. Es esencial que el fabricante investigue a fondo a su potencial distribuidor. Entre otras cosas, deberá tomar en consideración su historial comercial, situación y capacidad financiera, legalidad en su forma de constitución y operación, y si tiene la autoridad para celebrar un contrato de dicha naturaleza.
* Proveerse de una asesoría legal competente que le haga ver el contenido, ámbito de aplicación y alcances de la legislación local en materia de contratos de distribución y que le continúe prestando constante asesoría durante dicho proceso.

Cada contrato de distribución varía en forma y contenido y no puede decirse que exista un modelo único aplicable a todo contrato de dicha naturaleza, más bien, su forma estará determinada por el contenido de las leyes aplicables y las necesidades y objetivos de las partes contratantes. Sin embargo, existen algunos aspectos que sin duda son fundamentales en todo contrato de distribución y deben ser objeto de detenida consideración en el proceso de negociación y redacción del mismo.

3.2 Cláusulas que normalmente se incluyen en un contrato de distribución

3.2.1 Designación

La cláusula de designación o nombramiento de distribuidor es fundamental puesto que en la misma se establecen los parámetros de la relación contractual que habrá de surgir entre el fabricante y el distribuidor. De ahí, la importancia que la misma sea clara, precisa y específica acerca de los siguientes aspectos:

* Si la designación se hace en términos de exclusividad o no en favor del distribuidor. Si se conviniera la exclusividad deberán detallarse los términos de la misma.
* Si el fabricante queda autorizado para exportar directamente al territorio o no. Si se conviniera en sentido afirmativo, deberán detallarse los términos y condiciones a que queda sujeta tal actividad.
* Que el distribuidor no es ni debe ser considerado como empleado o dependiente del fabricante de modo que la relación contractual no puede ni debe quedar sujeta a disposiciones laborales de ninguna naturaleza. El riesgo de que el distribuidor sea considerado empleado del fabricante es mayor si éste es persona física o si el fabricante ejerce un alto grado de control sobre las operaciones del distribuidor.

3.2.2 Territorio

El contrato de distribución debe designar con precisión el territorio dentro del cual el distribuidor va a desarrollar sus actividades. Si el territorio comprende varios países es mejor designar cada país en particular. Si, por el contrario, el territorio comprende sólo parte de un país, deberá designarse el mismo en términos precisos, haciendo referencia a las subdivisiones políticas, provincias, estados o departamentos en que el país se encuentra dividido.

3.2.3 Productos a distribuir

También es esencial definir con precisión los productos específicos que el contrato de distribución va a amparar, toda vez que el fabricante puede poseer una línea variada y extensa de productos. Adicionalmente, debe establecerse una disposición relativa a la posibilidad de revisión,

rectificación o ampliación de la lista de productos a distribuir, puesto que debe tomarse en cuenta que el fabricante puede llegar a manufacturar productos nuevos, o por el contrario, cesar de manufacturar productos existentes. En caso que el fabricante manufacture el mismo producto bajo distintas marcas, deberá hacerse mención específica de las marcas que el distribuidor queda autorizado a manejar. En la mayoría de casos, lo mas conveniente será incorporar como un anexo del contrato, una lista o catálogo que haga mención de los productos amparados por nombre y número de modelo.

3.2.4 Duración

El señalamiento de un término de duración para el contrato de distribución es aconsejable, principalmente para evitar, en algunos casos, la aplicación de disposiciones legales de carácter tutelar respecto del distribuidor, especialmente en materia de terminación. El fabricante usualmente preferirá limitar la extensión del contrato a un período corto y preciso, evitando disposiciones de prórroga tácita, todo lo cual le permitirá evaluar, a su término, el desempeño del distribuidor y mantener flexibilidad respecto de otras opciones para lograr la penetración de sus productos al mercado. Por su parte, el distribuidor usualmente tratará de obtener el mayor período de duración posible y disposiciones de prórroga tácita en orden a asegurar la estabilidad y subsistencia de la relación. Además, es aconsejable para el fabricante evitar la inclusión de disposiciones de renovación del contrato, y, en caso de incluirla, será mejor limitarla a un simple período de renovación y no a varios períodos sucesivos. En caso que ambas partes, al término del plazo, consideren que conviene a sus intereses continuar la relación contractual, será mas aconsejable que celebren un nuevo contrato.

3.2.5 Precios

El beneficio de un distribuidor consiste por lo general en el sobreprecio que recibe de su cliente como resultado de pago de los productos que el distribuidor adquiere del fabricante con descuento. Así, es importante definir la manera en que van a ser establecidos los precios de venta al público dentro del territorio. La exportación es un proceso que envuelve numerosos costos que no surgen en caso de una venta local, en consecuencia, será necesario establecer quién asumirá los costos de flete, seguro, manejo, impuestos y demás gastos inherentes al procedimiento de exportación y de qué manera esos rubros afectarán el sobreprecio permitido al distribuidor. Además, el contrato debe incluir disposiciones relativas a la posibilidad de efectuarse cambios en los precios en el futuro y mecanismos de protección al distribuidor, tales como períodos mínimos de notificación al distribuidor sobre tales cambios.

Asimismo, deberán incluirse disposiciones sobre los pagos que el distribuidor debe hacer al fabricante por la mercadería adquirida. En esta materia será esencial hacer una revisión sobre las regulaciones locales relativas a pagos o remesas de dinero al extranjero en materia de impuestos y regulaciones cambiarias. Además, deberán señalarse claramente los términos a que se sujetan dichos pagos, incluyendo tipo de moneda, forma, tiempo y lugar de pago.

3.2.6 Envíos de mercadería

En esta materia es importante señalar quién es responsable de obtener las autorizaciones y demás requerimientos gubernamentales respecto del envío de mercadería y su consiguiente recepción en el territorio. Es aconsejable para todo fabricante que esta responsabilidad sea impuesta en forma exclusiva al distribuidor, debiendo éste quedar obligado a efectuar todos los trámites necesarios para el ingreso de la mercadería a territorio y notificar al fabricante de cualquier cambio en las regulaciones aplicables. Además, deberán establecerse las condiciones bajo las cuales el fabricante deberá llevar a cabo la entrega o envío de mercadería, incluyendo procedimiento de pedidos, aceptación o rechazo de órdenes, tiempos de entrega, disponibilidad del producto, etcétera.

Además, es esencial para el fabricante señalar la posibilidad para el fabricante de suspender o cesar los envíos de mercadería como resultado de regulaciones o disposiciones legales aplicables o motivos de fuerza mayor.

3.2.7 Cuotas mínimas de venta

Es una práctica común incluir en los contratos de distribución cuotas de ventas mínimas que se espera el distribuidor alcance durante el transcurso de un período de tiempo determinado. Por lo general, las cuotas son establecidas en forma gradual, de modo

UNIV. FRANCISCO MARROQUIN

que van incrementándose regularmente, ya sea en forma semestral o anual, durante el plazo de duración del contrato.

3.2.8 Publicidad

El contrato de distribución deberá incluir disposiciones relativas a las obligaciones que corresponderán a ambas partes respecto de la publicidad de los productos a distribuir. Normalmente, el contrato asegura el control del fabricante en torno a la publicidad del producto, estableciendo requerimientos de aprobación de la misma por el fabricante, así como el uso obligatorio de las marcas del fabricante en todo artículo y actividad promocional.

3.2.9 Cesión del contrato

Todo contrato contiene disposiciones relativas a la posibilidad o prohibición de cesión del mismo. El fabricante insistirá en establecer la prohibición para el distribuidor de ceder el contrato sin su expreso consentimiento mientras que se reservará el derecho de hacerlo por su cuenta. La razón para ello se fundamenta en que las aptitudes y cualidades personales y financieras del distribuidor son factores esenciales en la decisión del fabricante de celebrar el contrato.

3.2.10 Confidencialidad

En el contrato de distribución debe establecerse la obligación para el distribuidor de no revelar información confidencial a la que haya tenido acceso en virtud del contrato, no sólo durante la vigencia del contrato sino incluso por un período de tiempo subsiguiente a la terminación del mismo. En algunos países, las cláusulas de confidencialidad pueden resultar ineficaces en la medida que hagan referencia a información tecnológica que se estima como transferida al distribuidor después de transcurridos un número determinado de años.

3.2.11 Obligaciones fundamentales del distribuidor

El contrato de distribución debe establecer claramente las obligaciones de la partes, especialmente las obligaciones a cargo del distribuidor, las cuales deben ser un reflejo fiel de las funciones que el fabricante espera que desarrolle el distribuidor. Algunas de las principales obligaciones a cargo del distribuidor son las siguientes:

* En algunos países existe la obligación de presentar para su aprobación o registrar ante las autoridades gubernamentales competentes, el contrato de distribución. En tales casos, deberá incluirse en el contrato una disposición relativa a la obligación del distribuidor de satisfacer en tiempo todos los requerimientos de registro aplicables y cualesquiera renovaciones subsiguientes que sean requeridas.
* Para efectos de conservar el prestigio de los productos a distribuir, el contrato debe incluir disposiciones relativas a la obligación del distribuidor de mantener un inventario suficiente de mercadería y sus repuestos, de despachar en forma eficiente y rápida los pedidos, de establecer procedimientos para proveer a sus clientes, mediante personal calificado, los servicios que necesiten con posterioridad a la compra y de permitir al fabricante, con propósitos de inspección, el acceso a las instalaciones del distribuidor y a sus libros de contabilidad y demás información financiera y de ventas.
* Debe dejarse claramente establecido en el contrato de distribución cualquier limitación en el derecho del distribuidor de distribuir productos que compitan con los del fabricante.
* La responsabilidad por servicio de reparación y por reclamos amparados con garantía debe ser también claramente señalada en el contrato de distribución.
* El contrato debe establecer la obligación para el distribuidor de proporcionar al fabricante la información que éste le requiera en relación con los productos y las ventas, incluyendo reportes de venta, estadísticas de venta, situación de la competencia local y listas de clientes.
* El contrato deberá también señalar la responsabilidad del distribuidor respecto del pago de los impuestos locales aplicables.
* Además, el contrato debe señalar la obligación del distribuidor de dar aviso inmediato al fabricante de cualquier cambio en la legislación local que sea pertinente.

En virtud que una de las causales de terminación anticipada del contrato prevista por los contratos de distribución y las disposiciones legales sobre la materia, es el incumplimiento o contravención por el distri-

buidor de alguna de sus obligaciones o prohibiciones contractuales, es conveniente incluir la mayor cantidad de ellas posible.

3.2.12 Propiedad intelectual

El contrato de distribución debe contener disposiciones mediante las cual se dé protección a las marcas, patentes y demás propiedad intelectual del fabricante. En términos generales, en orden a proteger de la mejor manera posible la propiedad intelectual del fabricante, es aconsejable que las partes celebren un contrato de licencia por separado que regule en detalle los derechos y obligaciones de las mismas en relación al uso de la propiedad intelectual del fabricante. Las disposiciones contractuales en esta materia deben dejar bien establecido que el fabricante posee y retiene en todo momento la titularidad exclusiva de su propiedad intelectual y que lo que se le concede al distribuidor es tan sólo un derecho limitado de uso de la misma. Es fundamental que se restrinja al distribuidor el uso de la propiedad intelectual del fabricante, sujetándolo a una regulación detallada y minuciosa que especifique con precisión la forma y extensión en que puede ejercer dicho uso. Deberán incluirse, entre otras, las siguientes declaraciones expresas del distribuidor:

* Que el fabricante posee la propiedad y derechos exclusivos sobre las marcas, patentes y demás propiedad intelectual a usar en conexión con el contrato;
* Que el distribuidor no adquirirá ningún derecho sobre tal propiedad intelectual en virtud del contrato, salvo el derecho de uso de la misma en la forma y extensión convenidas y únicamente como resultado del cumplimiento de sus obligaciones contractuales;
* Que el derecho de uso sobre la propiedad intelectual del fabricante le asiste al distribuidor única y exclusivamente en conexión con la venta de los productos y el estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales;
* Que al distribuidor le corresponderá la obligación de dar aviso inmediato al fabricante de cualquier infracción, violación o uso ilegal de su propiedad intelectual de la que tenga conocimiento y de asistirle en la protección de la misma dentro del territorio.

Es de vital importancia que antes de iniciar cualquier embarque y envío de productos al territorio, el fabricante esté plenamente seguro que sus marcas, patentes y demás propiedad intelectual está debidamente inscrita bajo su nombre, y no bajo el del distribuidor, en el territorio donde la actividad de venta del distribuidor habrá de desarrollarse.

3.2.13 Legislación y Jurisdicción aplicable

El contrato de distribución debe contener una cláusula que señale la ley que habrá de regirlo. Esta legislación puede ser la del país de origen del fabricante, la del país del distribuidor o la de un tercer país cuando el contrato tiene una conexión razonable con dicho foro. En la mayoría de contratos se establece la ley del país de origen del fabricante como ley aplicable. Sin embargo, en aquellas jurisdicciones que poseen legislación de carácter tutelar hacia los distribuidores locales, será esta legislación local la que prevalecerá y se aplicará por encima de cualesquiera disposiciones contractuales que establezcan distinta legislación como la aplicable al contrato, principalmente en materia de terminación del contrato. En aquellos casos en que los contratantes son libres para elegir la ley que habrá de regir el contrato, algunas de las consideraciones que deben ser tomadas en cuenta a la hora de hacer dicha elección son las siguientes: la legislación elegida debe guardar relación con el contrato celebrado, debe ser la que mejor sirva a los propósitos de las partes y resulte más beneficiosa para ambas, debe ser la de un país que cuente con un alto grado de estabilidad política y un sistema eficiente de legislación comercial, y, por último, al momento de redactar la cláusula debe hacerse de la forma mas específica posible, evitando referencias demasiado amplias o ambiguas. Aunque en algunos casos es posible establecer dos legislaciones como aplicables al contrato, de modo que la mayoría del mismo sea regida por una ley y algunas cláusulas particulares sean regidas por otra, no es aconsejable establecer más de una legislación aplicable. Incluso, debería establecerse en cada contrato que la ley elegida rige con exclusividad.

La falta de previsión de la jurisdicción a que habrá de sujetarse la resolución de las disputas derivadas del contrato puede acarrear graves consecuencias, la más importante de todas ellas es que las partes tendrán que someter la resolución de sus disputas a un sistema legal no deseado. Sin embargo, en este caso, al igual que en el de la elección de la legislación aplicable,

suele suceder que muchos países guardan celosamente la prevalencia de su jurisdicción de modo que se niegan a aceptar como válidas y ejecutables las cláusulas de elección de jurisdicción y aplican la suya propia en forma exclusiva.

La globalización de mercados ha hecho que los métodos tradicionales de resolución de disputas cedan paso a sistemas alternativos más acordes a la economía moderna. Entre ellos, el de mayor importancia es el arbitraje internacional. La inclusión de una cláusula de arbitraje como método alternativo de resolución de disputas es siempre aconsejable. Las partes pueden elegir la conducción del arbitraje bajo el sistema de arbitraje local o doméstico o bajo los auspicios de un instituto de arbitraje internacional.

En la redacción de esta cláusula es importante señalar con precisión, entre otras cosas: los asuntos que desean someterse a arbitraje, el foro, el número de árbitros y cualidades de los mismos, método de designación de los árbitros y forma de sufragar los gastos del arbitraje.

Cabe señalar que, al igual que sucede con la cláusula de elección de jurisdicción, algunos sistemas legales, en ciertos asuntos, no admiten la validez de la cláusula de arbitraje y aplican en forma exclusiva su propia jurisdicción o sistema judicial, o bien, simplemente no admiten la noción de arbitraje comercial internacional, en cuyo caso deberá optarse por la elección de un procedimiento de arbitraje doméstico o local.

3.2.14 Terminación

En términos generales, el contrato deberá señalar con precisión los eventos o circunstancias que las partes convienen darán lugar a la terminación del contrato, teniendo en consideración que las legislaciones de carácter tutelar no aceptan como válidas las causales de terminación del contrato que difieran de las establecidas en su texto. Es aconsejable incluir aquellos eventos que por constituir incumplimiento de las obligaciones asignadas al distribuidor, justifican la terminación anticipada del contrato de acuerdo con la legislación del país del distribuidor. Además, es también conveniente incluir aquellos eventos que constituyen incumplimiento de las obligaciones de las partes pero que no justifican la terminación del contrato a menos que no sean subsanados dentro de un período de tiempo convenido.

Dios ayuda a aquéllos que se ayudan a sí mismos.

Benjamín Franklin

El Estado, en su génesis y su intención primaria, es puramente anti-social. No está basado en la idea de los derechos naturales sino en la idea de que el individuo no tiene derechos, a excepción de aquéllos que el Estado provisionalmente le conceda. El Estado siempre que puede se aprovecha para hacer que la justicia sea costosa y difícil de lograr, e invariablemente se ha mantenido por encima de la justicia y de la moral común.

Albert Jay Nock

CARLOS GILBERTO CHACON TORREBIARTE[1]

Las licencias de uso de marcas en las franquicias[2]

La importancia de las franquicias en Centro América se puede determinar con una simple caminata por las ciudades de Guatemala, San Salvador o San José. El consumidor encuentra en las calles y avenidas del centro las mismas marcas de comida rápida, las mismas cadenas hoteleras y las mismas agencias de alquiler de automóviles que en Nueva York, Londres o Tokio.

Al utilizar los servicios o consumir los productos de esos establecimientos, cuyas marcas le son familiares, el consumidor generalmente encontrará un nivel estándar de atención, precios razonables y productos de buena calidad.

El contrato de franquicia es la figura jurídica que permite tanto la utilización de las marcas en el ámbito universal como la estandarización de la calidad de los productos y servicios. En el contrato de franquicia 'quien otorga la franquicia y quien goza de ella aportan valores y talentos que son complementarios y que permiten la eficaz conducción de un negocio; el primero aporta su nombre comercial o marca, así como todos sus conocimientos y experiencia en la operación de un negocio, mientras que el segundo aporta la inversión y su trabajo para el desarrollo y operación de un negocio'.[3] Alrededor del mundo existen empresas exitosas que desean extender sus operaciones de negocios a nivel global. Por razones prácticas y de negocios muchas de esas empresas no desean abrir sucursales en otros países ni operar por medio de empresas locales que sean propiedad de la empresa matriz.

Aparece aquí la figura del contrato de franquicia, por el cual se permite a empresarios independientes denominados *franquiciatarios* utilizar las marcas y nombres comerciales de otra empresa denominada *franquiciante*, empresa que también transmite 'sus conocimientos y experiencias (*know-how*), para la efectiva y consistente operación de un negocio'.[4]

Naturalmente, a cambio de permitir la utilización de sus marcas y de transmitir sus conocimientos empresariales, el franquiciante recibe una remuneración, generalmente conocida como regalía o regalías. Es evidente, entonces, que uno de los elementos fundamentales del contrato franquicia es el acuerdo de licencia de uso de una o varias marcas o de uno o varios nombres comerciales. De conformidad con el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, cuando se otorga una licencia de uso la utilización de una marca por el licenciatario se *asimila* al uso de la marca por el propietario de la misma, es decir, que en principio él da al licenciatario los mismos derechos que asisten al propietario de la marca, aunque en el contrato de licencia se pueden limitar o restringir esos derechos. Según dicho Convenio, la licencia puede ser o no exclusiva respecto a un determinado territorio o zona y el propietario puede reservarse el uso simultáneo de la marca. La licencia de uso 'permite que una empresa licenciataria se beneficie del prestigio, generalmente establecido ya con anterioridad, de una marca de que es

1 Abogado y Notario. Catedrático de la Universidad Francisco Marroquín.
2 Artículo tomado de la Revista *La propiedad intelectual en la integración económica centroamericana*, 2(1), enero junio de 1998, publicada por la SIECA.
3 E. González Calvillo y R. González Calvillo, 1994:20
4 E. González Calvillo y R. González Calvillo, 1994:23

titular el licenciante, y permite a la empresa que otorga la licencia ganar nuevos mercados para los productos o servicios respecto de los cuales su marca está registrada'.[5]

El permitir el uso de la marca es un factor esencial del contrato de franquicia, pero no es el único. Como se mencionaba, el consumidor que entra a un restaurante de comida rápida atraído por una marca conocida espera encontrar un producto estándar. Ese nivel estándar del producto se logra a través de la transmisión al franquiciatario de los conocimientos prácticos, llamados en inglés *know-how*, para prestar el servicio que el cliente espera. Por tanto, al hablar de las licencias de uso de marcas dentro de las franquicias, debemos entender que éste es solamente uno de los elementos de un sistema o método de negocios. De poco serviría permitir la utilización de la marca si el consumidor encontrara un producto o servicio de calidades variables.

Otorgamiento de las licencias de uso en las franquicias internacionales

Las franquicias las puede otorgar el franquiciante tanto a franquiciatarios de su mismo país como de otros países. En países desarrollados como Estados Unidos el otorgamiento de franquicias por parte de compañías norteamericanas a empresarios de ese país es un negocio de enormes proporciones. Sin embargo, este artículo se refiere a la situación en Centroamérica, donde el franquiciante es comúnmente una sociedad mercantil extranjera y el franquiciatario es una sociedad de cualquiera de los países centroamericanos.

En estos casos, la práctica normal es que el *sistema de negocios* de franquicia esté contenido en dos contratos, o bien en un contrato principal y un anexo. El primer contrato es el contrato general de franquicia, en donde se establecen las condiciones como plazo, número de establecimientos que se pueden abrir, monto de las regalías, informes periódicos que deben rendirse, forma de transmisión del *know-how* y obligaciones del franquiciatario en cuanto al mantenimiento de la calidad de los productos o servicios y de confidencialidad sobre los conocimientos que le sean transmitidos. En este primer contrato se menciona que se podrán utilizar las marcas y nombres comerciales del franquiciante mientras dure el contrato y que como anexo se firmará un acuerdo regulando la licencia de uso de las marcas. El segundo contrato o anexo de contrato contiene la licencia de uso de marca propiamente dicha.

El propósito de utilizar un segundo contrato es doble. Por una parte, el contrato de licencia de uso está sujeto a registro en el Registro de la Propiedad Industrial, tal como veremos más adelante, por lo que su contenido será público. Por tanto, la existencia de un segundo contrato protege la confidencialidad del acuerdo general de franquicia salvo que por disposiciones legales internas de un país el propio contrato de franquicia esté sujeto a registro como una forma de transferencia de tecnología. Por otra parte, se busca que, independientemente de cualquier controversia que pueda existir sobre el contrato principal de franquicia, los términos y condiciones de la licencia de uso sean autónomos y puedan subsistir por sí mismos. No obstante, en general, la vigencia de este segundo contrato está ligada al contrato de franquicia y se establece que en caso terminara el contrato de franquicia terminará también el contrato de licencia de uso.

Contenido de los contratos de licencia de uso de una marca dentro del contexto de una franquicia

El contenido de los contratos de licencias de uso generalmente incluye un reconocimiento de las partes sobre la propiedad del licenciante sobre las marcas en cuestión, identificando los registros con los que se cuenta en el país de origen de la marca. Es conveniente incluir también la identificación de los registros con que se cuenta en el país para el cual se otorgará la licencia de uso. El licenciatario se obliga a utilizar las marcas únicamente en las condiciones establecidas en el contrato. Es común también que en este tipo de acuerdos se incluya una cláusula por la cual el licenciatario se compromete contractualmente a no tratar de lograr para sí la inscripción de ninguna de las marcas incluidas en el sistema de negocios de la franquicia.

5 Organización Mundial, 1983: párrafos 67 y 68.

Con el objeto de mantener el prestigio de la marca, el licenciatario se obliga a no usar las marcas contenidas en el contrato de licencia de uso en asociación con ningún producto, salvo los incluidos en la franquicia. El licenciatario se obliga a comunicar inmediatamente al licenciante de cualquier violación de los derechos marcarios de las marcas incluidas en la licencia que el licenciatario tenga conocimiento por cualquier motivo. En estos casos de violación de los derechos marcarios por un tercero, el contrato de licencia de uso puede o no otorgar al licenciatario la facultad de ejercer acciones legales contra ese tercero. Normalmente, cuando se otorga al licenciatario la facultad de ejercer acciones legales, esta facultad se convierte en una obligación de defender la marca y de ejercer todas las acciones legales pertinentes para ello. Según el Convenio Centroamericano, para que el licenciatario pueda tomar acciones legales deberá estar expresamente facultado en el contrato para ello.

Una cláusula un tanto controversial en este tipo de contratos de licencia de uso es la que estipula que si por cualquier causa terminara el contrato de franquicia o la licencia de uso, se solicitará al licenciatario que cese el uso de la marca y si no lo hiciere el licenciante podrá entrar en los establecimientos del licenciatario y retirar físicamente todas las marcas y rótulos que hagan referencia a las marcas incluidas en el contrato. Mi opinión en estos casos ha sido que, al menos conforme el derecho guatemalteco, ese procedimiento es violatorio del principio constitucional de debido proceso y probablemente podría estarse cometiendo un delito. En este caso el papel del asesor legal centroamericano es de hacer las advertencias del caso y explicar las diferencias entre los sistemas legales basados en el Derecho Romano y los sistemas legales anglosajones o de *common law*.

Se deben incluir en el contrato el plazo, las formas de terminación de la licencia de uso y el territorio o territorios para los cuales se otorga la misma. Generalmente también se incluyen disposiciones sobre la ley territorial que regirá la interpretación del contrato y se incluye un sometimiento a la jurisdicción de un Estado específico. Puede pactarse también que cierto tipo de controversias se resolverán mediante arbitraje. En relación al sometimiento a la ley o jurisdicción extranjera hay que tomar en cuenta que existen temas de Derecho Público o de Orden Público sobre los cuales las partes usualmente no pueden disponer libremente, por lo que debe hacerse la distinción entre los temas sobre los cuales las partes pueden someterse a una ley o jurisdicción extranjera y aquéllos sobre los cuales no pueden hacer dicho sometimiento.

Finalmente, el contrato deberá especificar si la licencia es exclusiva o no en el territorio y si el propietario se reserva el uso de la marca. Cuando la licencia de uso va asociada a un contrato de franquicia, lo usual es que el propietario se reserve el uso de la marca. En cuanto a la exclusividad para otorgar otras franquicias a empresarios locales, se pueden encontrar tanto casos donde se otorga la exclusividad como casos en los que no se otorga.

Obligatoriedad de registro

De conformidad con el Convenio Centroamericano, el contrato de licencia de uso debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Industrial y sólo surtirá efectos frente a terceros a partir de la fecha de la correspondiente inscripción. Por tanto, en el caso de que el licenciatario esté facultado para iniciar acciones legales en defensa de la marca, sólo podrá hacerlo desde el momento en que inscriba su contrato en el Registro de la Propiedad Industrial. De acuerdo con el Convenio, si el documento proviene de un Estado distinto de los contratantes deberá presentarse debidamente legalizado, es decir, deberá tener los llamados *pases legales* o serie consular de autenticaciones. En Guatemala, si el contrato de licencia de uso hubiere sido redactado en un idioma diferente al español, se deberá acompañar una traducción jurada del mismo. La solicitud de inscripción de la licencia de uso puede ser presentada por el propietario de la marca y el titular de la licencia simultáneamente o por una sola de las partes.

Hecha la inscripción de la licencia de uso, el Registrador extenderá al titular un Certificado que deberá contener, entre otros datos, indicación expresa de la marca correspondiente, referencia a si la licencia es o no exclusiva en relación a un determinado territorio o zona y duración de la licencia.

Naturalmente, para poder inscribir la licencia de uso, previamente deberá estar registrada la marca original, por lo que también es una labor del asesor jurídico local insistir en que antes de iniciar cualquier proceso

de negociación de licencias de uso o franquicia, las marcas en cuestión deberán estar debidamente registradas en el país en donde se otorgará la franquicia.

Conclusión

La licencia de uso de marca, dentro del contexto del contrato de franquicia, es un procedimiento que permite transmitir el prestigio de una marca a un empresario independiente. La transmisión del prestigio de la marca va acompañada de una forma particular de transferencia de tecnología, en donde no se transmiten conocimientos científicos tradicionales, sino conocimientos prácticos empresariales.

En su conjunto, la transmisión del prestigio de la marca y de los conocimientos empresariales permite, al franquiciante, extender su negocio sin invertir directamente; al franquiciatario, beneficiarse de un sistema exitoso de negocios; y al consumidor, recibir en cualquier parte del mundo un producto estándar y de buena calidad.

Bibliografía

González Calvillo, Enrique [González Calvillo, Rodrigo]
1994 *Franquicias: la revolución de los 90.* México.
González Calvillo, Rodrigo
1994 [González Calvillo, Enrique; -]
Guía
1983 *Guía sobre las actividades de las empresas de países en desarrollo en materia de propiedad industrial.* Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Un hombre sencillo y prudente no puede en modo alguno ser solidario de la obra del Estado.

Tolstoi

ANA CECILIA PEREZ BRAVATTI[1]

Supremacía del Derecho internacional en materia de derechos humanos[2]

Sumario

Introducción
1 Derecho internacional y Derecho interno
1.1 Concepto
1.2 Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno
1.3 Los tratados como fuente del Derecho internacional
1.3.1 Concepto
1.3.2 Clasificación
1.3.3 Procedimiento
1.3.4 Efectos
1.3.5 Régimen legal de los tratados en Guatemala
1.3.6 Aplicación de los instrumentos internacionales dentro del Derecho interno
1.4 Tratados en materia de derechos humanos
1.4.1 Los derechos humanos
1.4.2 Evolución de la protección de los derechos humanos
1.4.3 Los tratados internacionales en materia de derechos humanos
1.4.4 Los tratados internacionales en materia de derechos humanos en la Legislación guatemalteca
2 Interpretación del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985
2.1 Importancia y aplicación de la Ley del Organismo Judicial
2.2 Métodos de interpretación
2.3 Análisis del Artículo 46 de la Constitución
2.4 Análisis del Artículo 44 y sus implicaciones
2.5 Interpretación del término Derecho interno
2.6 Interpretación judicial del artículo 46 de la Constitución
Conclusión
Bibliografía

Introducción

La supremacía del Derecho internacional en materia de derechos humanos es un tema todavía hoy polémico. Se ven involucradas dos importantes ramas del Derecho como lo son el Derecho internacional y el Derecho constitucional, lo cual aumenta la importancia del punto tratado en este trabajo.

El Derecho internacional y el Derecho constitucional se afectan recíprocamente, constantemente, sobre todo en una época en que la globalización en todos los ámbitos es una realidad que se evidencia día a día.

La hipótesis planteada al iniciarse el trabajo fue si prevalece o no el Derecho internacional sobre el Derecho interno y aún sobre la Constitución, en materia de derechos humanos. La necesidad de estudiar y aclarar el tema surge en virtud de que acerca del mismo no existe aún un criterio definido. Incluso existen fallos emanados, por un lado, del máximo tribunal judicial de nuestro país: la Corte Suprema de Justicia, y por otro, del máximo tribunal constitucional: la Corte de Constitucionalidad, los cuales, en su estudio del punto aquí discutido, llegaron a conclusiones distintas. Esto ha creado un ambiente de incertidumbre y confusión que debe ser aclarado.

---

1 Abogada y Notaria. Maestría en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca. Doctorando en Ciencia Política. Catedrática de la Universidad Francisco Marroquín.

2 Tesis presentada por la autora previo a la obtención del grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, y los títulos de Abogada y Notaria en la Universidad Francisco Marroquín.

Hasta el día de hoy el análisis del tema se ha circunscrito a la interpretación del artículo 46 de nuestra Carta Magna, dejando de lado un conjunto normativo constitucional mucho más rico e importante, el cual se pone en evidencia a lo largo de este trabajo. Esto se logra gracias a una interpretación sistemática de la Constitución, que nos permite llegar a una conclusión inesperada, pero totalmente válida y fundamentada.

El estudio de toda la normativa constitucional en materia de derechos humanos y sobre todo de la contenida en el artículo 44, nos lleva a concluir que no era necesaria la inclusión de una disposición como la contenida en el artículo 46 para viabilizar la ampliación y desarrollo de los derechos humanos, a través de instrumentos internacionales. Esta y otras conclusiones se manifiestan a lo largo del trabajo, luego de un profundo estudio de cada uno de los puntos.

El contenido de este trabajo está dividido en dos capítulos. El capítulo primero se refiere al Derecho internacional y al Derecho interno y a las relaciones entre ambas ramas jurídicas. Se hace un análisis sobre los tratados, ya que éstos constituyen, para la mayoría de doctrinarios, una importante fuente de Derecho internacional. Dentro de este punto se incluye una clasificación de los mismos, el procedimiento que se sigue para su conclusión, los efectos que involucran, así como el tratamiento que les da nuestra legislación interna. También se hace referencia a la aplicación y vigencia de los tratados, tomando en cuenta si tienen o no carácter auto-ejecutable.

Luego se especifica el tema de los derechos humanos, el correcto sentido que debe dársele, la evolución que ha tenido su protección, para luego llegar al punto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los instrumentos ratificados por Guatemala a la fecha, así como su regulación en la legislación guatemalteca.

El capítulo segundo contempla el punto medular del trabajo: la interpretación del artículo 46 de la Constitución, con lo cual se busca establecer si el Derecho internacional, en materia de derechos humanos, prevalece aún sobre la *Constitución Política de la República*. Para desarrollar el tema acudimos en primer lugar a la aplicación de la *Ley del Organismo Judicial*, en virtud de una novedosa disposición que aparece en su texto y que hace extensiva su aplicación hasta la misma Constitución.

Con base en esto hacemos uso de los procedimientos que dicha ley establece para interpretar la ley, y es siguiendo este camino que nos encontramos con normas de tanta trascendencia como la contenida en el artículo 44 de la Constitución, que nos hace llegar a conclusiones inesperadas. Luego entramos a la interpretación del término *Derecho interno* y las distintas posiciones al respecto. Finalmente se hace el estudio de los fallos, en los cuales se han puesto en evidencia las diferentes conclusiones judiciales en cuanto a la interpretación del artículo 46 de la Constitución.

Con la presente investigación se busca aclarar el nebuloso panorama que, hasta la fecha, ha presentado el tema de la supremacía del Derecho internacional en materia de derechos humanos y de esta forma, facilitar al estudioso el camino en la búsqueda de la verdad.

1 Derecho internacional y Derecho interno

1.1 Concepto

El Derecho internacional es el conjunto de reglas jurídicas que tiene por objeto normar las relaciones entre los distintos sujetos del Derecho internacional.

Nace el Derecho internacional en respuesta a la necesidad de reglar la diversidad de relaciones que surgen constantemente dentro de los grupos sociales. Gracias a esta multiplicidad de relaciones en donde se fortalecen los lazos de cooperación, los pueblos se han desarrollado y van evolucionando dando lugar a una realidad susceptible de regulación para que se favorezca su desenvolvimiento y se provea de seguridad jurídica a las distintas situaciones.

Para que el Derecho internacional cumpla con este objetivo debe ser dinámico de manera que se vaya adaptando a la gran cantidad de cambios que se producen en la realidad internacional. De ahí su carácter eminentemente evolutivo orientado a mantener su efectividad.

El Derecho interno es definido como el 'conjunto de normas jurídicas establecidas en el interior de una comunidad y destinadas a reglamentar las relaciones entre sujetos que están sometidos al legislador'.[3]

3 Triepel Volkerrecht und Landersrecht. Citado por M. Seara Vázquez, 1988:45.

1.2 Relaciones entre el Derecho internacional público y el Derecho interno

A pesar de sus grandes diferencias, el Derecho internacional y el Derecho interno se hallan íntimamente ligados. Existe una afección recíproca entre ambos campos y la efectividad del Derecho internacional se ve impedida cuando el Derecho interno se opone a sus normas. De esta cuenta resulta que el Estado debe tomar en cuenta el contenido del Derecho internacional para organizar su ordenamiento jurídico interno y así lograr un complemento adecuado de ambos.

La discusión acerca de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno ha dado lugar a varias teorías que pueden clasificarse de la forma siguiente.

a- Teoría dualista: los partidarios de esta doctrina, basándose en las grandes diferencias que existen entre ambos sistemas jurídicos, sostienen que son ramas jurídicas totalmente independientes y con valor propio, y que por regular situaciones distintas es imposible que entren en conflicto ya que están en una relación de coordinación.

b- Teoría monista: los partidarios de esta doctrina afirman que el Derecho internacional y el Derecho interno forman una unidad, un mismo sistema jurídico, y, por lo tanto, se encuentran en una relación de subordinación, de la cual se desprenden dos corrientes:

* Una que establece la superior jerarquía del Derecho internacional respecto al Derecho interno, de lo que resulta que el Estado debe acoplar sus normas internas a las reglas internacionales.
* Otra corriente que establece la superior jerarquía del Derecho interno frente al Derecho internacional, en cuyo caso el Derecho internacional sólo sería un tipo de norma jurídica dentro del conjunto de normas internas de un Estado.

Personalmente comparto la opinión de Modesto Seara Vázquez en cuanto a que 'un Estado no puede ordenar su sistema jurídico interno sin tener en cuenta y respetar las normas jurídicas internacionales [...] instituciones aparecen entonces como limitaciones internacionales a la actuación del Estado en el orden interno, lo cual es una clara muestra de la interferencia del orden internacional en el orden interno, interferencia que no existiría si ambos órdenes fueran totalmente distintos'.[4]

Esto evidencia la evolución que ha sufrido el concepto de soberanía dentro del Derecho internacional, ya que dentro de la concepción clásica éste estaba orientado a la protección de la soberanía estatal y a la delimitación de las competencias estatales.

Con el Derecho internacional moderno este concepto se ha ido suavizando y perdiendo rigor debido que se ha vuelto un derecho comunitario que tiende a 'conciliar la soberanía de los Estados con las exigencias de la cooperación permanente e institucionalizada'.[5]

Factores como la interdependencia, la poca probabilidad de autosuficiencia por parte de los Estados así como la necesidad de garantizar la supervivencia a través de la cooperación internacional institucionalizada, hacen de la soberanía un concepto más relativo.

1.3 Los tratados como fuente del Derecho internacional

1.3.1 Concepto

Se define al tratado como aquel acuerdo resultante de la manifestación de voluntad de dos o más sujetos del Derecho internacional, de donde emanan efectos jurídicos vinculativos para las partes respecto al objeto específico del tratado.

Por la mayoría de la doctrina es admitida la premisa de que los tratados son fuente de Derecho internacional. Sin embargo resulta interesante preguntarse si los tratados *per se* son fuente del Derecho internacional. La naturaleza jurídica de los tratados es similar a la de un contrato, dos partes (en este caso Estados o sujetos de Derecho internacional) acuerdan algo y se comprometen a cumplirlo. De esta forma vemos que el tratado *constituye fuente de obligaciones* para los Estados signatarios obligados. Nacen derechos y obligaciones entre las partes contratantes. Pero en el plano internacional, la obligatoriedad de su cumplimiento no deviene de la naturaleza jurídica del tratado sino del principio

4 M. Seara Vázquez, 1988:46-47.
5 J.A. Carrillo Salcedo, 1991:140.

general del derecho de los tratados llamado *pacta sunt servanda*.[6]

Por su carácter contractual, el tratado debe cumplir con los presupuestos universalmente aceptados para todo negocio jurídico, es decir:

a- capacidad de las partes que, en el caso de los tratados, se traduce en la competencia que deben tener los sujetos intervinientes para la celebración del tratado, es decir, que estén facultados para el efecto (si se trata de Estados, el ordenamiento jurídico interno es el que establece los requisitos). Deben celebrarse necesariamente entre sujetos de Derecho internacional.

b- Consentimiento mutuo, libre de vicios. El principal vicio que podría afectar el consentimiento sería la coacción ejercida sobre alguno de los sujetos que celebre el tratado. Sin embargo, muchas veces, este requisito no se cumple ya que en la realidad 'los acuerdos concluidos por imposición de una parte más fuerte son válidos, en la medida en que la parte conserve su preeminencia [...] con el tiempo, aún las situaciones derivadas de tratados que son una imposición pura y simple, se consolidan y adquieren respetabilidad jurídica, por lo que un intento de revisión de tales situaciones sería considerado un atentado contra el orden internacional'.[7]

c- Objeto lícito, se refiere a que la materia y objeto del tratado no impliquen obligaciones inmorales ni ilícitas (de acuerdo a las normas del Derecho internacional universalmente aceptadas).

Para la celebración de tratados cada Estado debe remitirse a las reglas que establezca su Derecho interno.

1.3.2 Clasificación

Atendiendo al contenido de los tratados, éstos se pueden clasificar en:

a- Tratados-contratos: su única finalidad es dar nacimiento a una obligación jurídica cuyo cumplimiento dará por terminada la vigencia del tratado, ya que se agota su contenido. Por este motivo son de finalidad limitada.

b- Tratados-leyes: son aquéllos que tienden a crear una reglamentación jurídica de carácter permanente y obligatoria para los sujetos intervinientes.

Atendiendo a las partes que intervienen en la celebración del tratado:

a- Tratados bilaterales o bipartitos: cuando sólo son dos los sujetos intervinientes en la celebración del tratado.

b- Tratados multilaterales, plurilaterales o multipartitos: cuando son más de dos sujetos los que intervienen en la celebración del tratado.

1.3.3 Procedimiento

La conclusión de tratados presenta tres etapas principales:

a- Negociación: son las actividades que se realizan por las personas autorizadas para el efecto, destinadas a preparar el tratado por medio de discusión de su contenido. La fase final de esta etapa es la determinación del texto definitivo del tratado.

b- Consentimiento: por medio del cual los sujetos internacionales manifiestan su conformidad con el tratado. Se puede expresar de varias maneras: 1- Por la firma del tratado que puede ser la simple rúbrica del representante cuando sea suficiente según lo convenido, o bien la firma ad referendum, en donde la confirmación por parte del Estado en referencia es indispensable para que se tenga por firma definitiva. 2- Por el canje de los instrumentos donde se otorga el tratado. 3- Por la ratificación, entendiéndose en este sentido una manifestación de voluntad anterior a la etapa final de la conclusión de los tratados que se denomina también ratificación.

c- Ratificación: consiste en la confirmación del tratado por medio de la cual adquiere carácter obligatorio. La realiza el órgano competente de acuerdo al Derecho interno de cada Estado. Posteriormente viene el registro del tratado en la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas y luego su publicación.[8]

6 Según Modesto Seara Vázquez (1988:65), el principio *pacta sunt servanda* es de origen consuetudinario y 'afirma la obligatoriedad de los tratados, respecto a las partes, añadiendo, además la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe [...] La seguridad de las relaciones internacionales estaría comprometida si se dejase a la voluntad de las partes el cumplimiento o incumplimiento de los pactos'.

7 M. Seara Vázquez, 1988:66.

8 Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y Artículo 80 de la Convención de Viena.

1.3.4 Efectos

La regla general es que los tratados internacionales hacen nacer derechos y obligaciones entre las partes contratantes, quedando vinculadas jurídicamente por el hecho de haber consentido en ellos.

El efecto principal e inmediato es la fuerza obligatoria de las disposiciones del tratado.

1.3.5 Régimen legal de los tratados en Guatemala

En el ordenamiento jurídico guatemalteco la celebración de tratados está conferida al Presidente de la República, según se establece dentro de sus funciones en el artículo 183 inciso k) de la Constitución: 'Funciones del Presidente de la República. Son funciones del Presidente de la República: [...] k) Someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional [...]', y más especificadamente al Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 inciso 5) de la *Ley del Organismo Ejecutivo*: 'Ministerio de Relaciones Exteriores. Corresponden a su despacho: [...] 5) La negociación, celebración, prórroga, modificación y denuncia de tratados, pactos, convenciones y acuerdos internacionales'.

Una vez negociado y firmado el tratado por los representantes de los Estados contratantes, el representante del Estado guatemalteco envía copia certificada del mismo al Ministerio de Relaciones Exteriores. A este último corresponde, en virtud del artículo 21 inciso 5) de la *Ley del Organismo Ejecutivo*:[9] 'La negociación, celebración, prórroga, modificación y denuncia de tratados, pactos, convenciones y acuerdos internacionales'.

Además, se envía copia del tratado a las instituciones públicas que podrían resultar interesadas en el mismo. La opinión de éstas y la del Ministerio de Relaciones Exteriores se envía al Congreso para su aprobación. Esto se debe a que el Presidente de la República, antes de ratificar el tratado, debe someterlo a consideración del Congreso, por ser el organismo facultado para legislar, de manera que con su aprobación, el tratado adquiera fuerza de ley.

El artículo 171 de la norma constitucional también regula esta atribución del Congreso al establecer en el inciso l) que a éste corresponde 'aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo cuando [...]' y establece a continuación ciertos casos específicos en que el Congreso debe intervenir. Existe cierta contradicción entre esta norma legal donde se limitan los tratados sujetos a aprobación por parte del Congreso y el artículo 183 de la Constitución que le impone al Presidente la obligación de remitir al Congreso para su aprobación los tratados internacionales, sin delimitar cuáles sí y cuáles no. Sin embargo, el Congreso es el único órgano que tiene la potestad de legislar. Entonces, para proveer de seguridad jurídica a los tratados internacionales debe interpretarse que todos deben pasar por la consideración del Congreso, como órgano legislador, así se trata de evitar que posteriormente sean impugnados por no llenar los requisitos legales internos.

El Congreso aprueba el tratado por medio de un decreto, luego lo remite al Organismo Ejecutivo en virtud que a éste corresponde 'dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución'.[10] El Ejecutivo lo ratifica y en el mismo documento de ratificación manda que se publique para que se tenga como ley de la República. Este instrumento de ratificación se envía para su depósito en el Organismo Internacional que haya sido designado para el efecto en el tratado[11] (por ejemplo, a la Organización de Estados Americanos). Una vez recibido el acuse de depósito o recibo, se gira la orden de publicación dentro del Organismo Ejecutivo.

Concluido este procedimiento, el tratado internacional adquiere carácter obligatorio, de acuerdo a la mención que de él hace el artículo 204 de la Constitución: 'Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la *Constitución de la República* prevalece sobre cualquier ley o tratado'. Es por esto que también esta sujeto al principio de jerarquía constitucional (artículo 175 de la Constitución) que establece que 'ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la

9 *Ley del Organismo Ejecutivo*, Decreto número 93 del Congreso, promulgada el 15 de diciembre de 1971.
10 *Constitución Política de la República de Guatemala* de 1985, artículo 183 inciso o).
11 Artículo 102 de la *Carta de las Naciones Unidas* y Artículo 80 de la *Convención de Viena*.

Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure [...]'.

Como podemos ver los tratados internacionales sufren un proceso de internación para adquirir fuerza vinculatoria dentro del Estado, a diferencia de otros países donde la recepción de los tratados es automática. Sin embargo el problema no concluye ahí. Para determinar la *vigencia* y ejecución de un instrumento internacional dentro de un país, debe establecerse cómo será su aplicación.

1.3.6 Aplicación de los instrumentos internacionales dentro del Derecho interno

Se ha discutido mucho respecto a la incorporación del Derecho internacional dentro del Derecho interno, siendo éste un asunto que debe ser resuelto no solamente a la luz del Derecho internacional, sino también del Derecho interno y sobre todo constitucional de cada país. Esto no obsta a que en materias como la protección de los derechos humanos, el Derecho internacional tenga mucha importancia, tal y como más adelante expondré.

Esta determinación es fundamental, ya que de ella dependerá la *efectividad* que tengan los instrumentos internacionales, y de esta forma que no se queden en mera letra muerta.

Se considera que una norma es auto-ejecutable cuando 'la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado [...]. La estipulación de un tratado también se considera como ejecutable por sí mismo (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad. Se requiere dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes'.[12] Esto también es aplicable a las normas del Derecho consuetudinario.[13]

En el orden internacional opera como *presunción* el carácter auto-ejecutable de las normas internacionales, y sólo como excepción a dicha regla se tienen las normas programáticas. Estas últimas se refieren a aquellas que, de acuerdo a sus términos, requieren de actos legislativos para su desarrollo y posterior aplicación. En palabras del Juez Marshall, quien fuera Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, se considera a una norma como auto-ejecutable 'toda vez que opere por sí sin ayuda de una disposición legislativa'.[14]

El carácter auto-ejecutable de determinadas normas internacionales dependerá de la *intención* que hayan tenido las partes al suscribir el instrumento, tal como lo establece Jiménez de Aréchaga: 'Tal norma existe cuando las Partes han tenido la intención de conceder un derecho definitivo y exigible al individuo que solicita ante el Juez la aplicación de esa norma en su favor. Como ha dicho la Corte Permanente de Justicia Internacional, no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las Partes Contratantes, puede ser la adopción por las Partes de algunas reglas definidas que crea derechos y obligaciones y susceptibles de ser ejecutadas por los tribunales nacionales'.[15]

De esta manera, debemos considerar que una norma es auto-ejecutable, cuando no requiera de otra, de carácter interno, para poder ser aplicada, sino que pueda subsistir sola ya que de ella claramente emanan derechos y a su vez obligaciones para sujetos plenamente determinados. En consecuencia los jueces estarán obligados a aplicarlas.

Ahora bien, no debe confundirse el carácter auto-ejecutable de determinadas disposiciones contenidas en tratados internacionales con la existencia de un acto legislativo aprobatorio, que se requiere dentro de

12 E. Jiménez de Aréchaga, 1988:21-22.

13 Por ejemplo el caso del Paquete Habana, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos aplicó, en ausencia de ley, una norma de Derecho internacional consuetudinario relativa a inmunidad de Estados extranjeros, otorgándole carácter de auto-ejecutable.

14 'International Law Cases and Materials', publicado en Bishop W. *Caso Foster v. Neilson.*

15 E. Jiménez de Aréchaga, 1988:22.

algunos ordenamientos jurídicos internos. Este acto de aprobación no es más que un paso dentro del procedimiento de internación que sufren los tratados para adquirir fuerza vinculante dentro del Derecho interno, y esto estará regido por el mismo Derecho interno de cada país. Sin embargo, tal aprobación 'no es una transformación; es la participación del órgano legislativo en la conclusión del tratado, es decir, participación en la creación del Derecho internacional'.[16] Después de concluido el procedimiento, los tratados pasan a formar parte del Derecho interno.

Generalmente la competencia para determinar si una norma internacional es o no auto-ejecutable, corresponde a las autoridades de cada Estado, sin embargo, no debe perderse de vista que también es materia que compete al Derecho internacional, ya que se trata de obligaciones contraídas bajo su amparo y en consecuencia, el desacato de sus normas implicaría violación de normas de Derecho internacional.

Esta situación se enfatiza en la materia del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en donde 'la cuestión no puede ser dejada a la exclusiva determinación del Derecho interno [...] la vigencia y el valor interno que se le otorgue a los tratados y resoluciones del DIDH es una cuestión que atañe tanto al Derecho internacional como al propio Derecho interno. El DIDH impone no sólo el valor jurídico internacional de los derechos humanos, sino también el valor jurídico interno'.[17] La aplicación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos será tratado en el apartado siguiente.

1.4 Tratados en materia de derechos humanos

1.4.1 Los derechos humanos

a- Concepto y evolución: La supremacía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos sobre el Derecho interno, establecida en el artículo 46 de la Constitución, así como el tratamiento que se le da en general a la materia de la protección de los derechos humanos dentro del marco constitucional, será el tema principal de esta tesis.

El tema de los derechos humanos es una materia de por sí confusa y vaga, que dificulta la interpretación del artículo en cuestión y la normativa referente a los mismos. Sin embargo, para visualizar los alcances de estas disposiciones jurídicas, es muy importante delimitar el concepto de los derechos humanos.

Los derechos humanos son todas aquellas facultades fundamentales inherentes a todo ser humano por el solo hecho de su naturaleza, orientadas a respetar y desarrollar su dignidad humana. Juega el Estado un importante papel en cuanto a su obligación de respetarlos, ya que su función no consiste en otorgarlos sino en reconocerlos y protegerlos, siendo ésta la justificación misma del nacimiento del Estado.

El concepto de derechos humanos surge en relación a los derechos del individuo, encuadrándose dentro de éstos el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y a la igualdad ante la ley. Dentro de este marco el individuo puede actuar con toda libertad y tiene como límite únicamente el derecho de los demás.

Se dice que los *derechos individuales*, llamados también de la primera generación de derechos humanos, son aquéllos que 'reconocen determinados ámbitos de acción a la autonomía de los particulares, garantizándoles la iniciativa e independencia frente a los demás miembros de la comunidad y frente al Estado mismo, en aquellas áreas concretas en que se despliega la actividad y capacidad de las personas, incluyendo una pretensión de excluir a todos los demás sujetos del ámbito de acción que se pone a disposición de sus titulares [...] tiene un contenido negativo, o sea, que implican obligaciones de no hacer'.[18]

Sin embargo, existe una tendencia de ampliar el contenido de los derechos humanos, extendiéndose su campo a *derechos económicos, sociales y culturales*, segunda generación de derechos humanos.

Estos derechos son los que supuestamente le proporcionarán al hombre los medios adecuados para su integral desarrollo. Ya no protegen al individuo frente al Estado, sino que exigen de éste una actitud positiva, de hacer, por medio de la cual se lograrán las condiciones de educación, trabajo y salud que demanda continuamente todo ser humano.

16 H. Kelsen, 1963:302.
17 R.E. Piza R., 1989:95-96.
18 J.M. García Laguardia y E. Vásquez Martínez, 1984:115-116.

En este tipo de derechos ya no es el individuo el sujeto activo de los derechos, es la comunidad misma, el grupo social el que tiene derechos que exigir al Estado. Se dice que las normas que rigen este tipo de derechos son de aplicación *progresiva*, por lo tanto, *no auto-ejecutables* a diferencia de los derechos individuales, que son de aplicación *inmediata*, y, por lo tanto, *auto-ejecutables*.

Ha surgido también una tendencia que afirma la indivisibilidad de los derechos humanos, argumentando que es imposible el goce de los derechos individuales sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta tesis fue sustentada en 1968, en la Conferencia de los derechos humanos de Teherán, y se afirmó que no debía existir esa división entre ambas categorías de derechos, ya que ambas se complementan.

A este respecto, en el ámbito internacional, se han hecho esfuerzos por concederle a los derechos económicos, sociales y culturales iguales mecanismos de garantía y aplicación que los que gozan los derechos individuales dentro de los instrumentos internacionales.

El argumento que se ha presentado es la supuesta superación de la dicotomía entre ambos tipos de derechos, sin embargo, se han puesto en evidencia las grandes dificultades al respecto. La misma Corte Interamericana de derechos humanos se refirió en 1984, a lo declarado en la Proclamación de Teherán de 1968, citada anteriormente, y 'juzgó prudente advertir sobre el riesgo o dificultad de extender el campo de los derechos protegidos hasta incluir -bajo los mismos mecanismos de garantía- derechos que como los de carácter económico, social y cultural, no eran completa ni inmediatamente exigibles en el plano judicial ('derechos de realización o de desarrollo progresivo').[19]

Dos años después, en 1986, la misma Corte comentó que 'si ciertos derechos económicos, sociales y culturales no podían ser objeto de un sistema de protección jurisdiccional o cuasijurisdiccional parecido al de los derechos civiles y políticos, otros, por el hecho de sus características propias, eran susceptibles de gozar de tal sistema (p.ej., la libertad sindical, el derecho a la huelga, el derecho a la libertad de educación).[20] Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los citados derechos que la Corte considera exigibles inmediatamente, lo son porque en su esencia constituyen derechos individuales y, por lo tanto, no requieren del Estado una actitud positiva, sino de abstención. Así tenemos que la libertad sindical es un ejemplo de concreción de la libertad de asociación. El derecho a la huelga, que en todo caso deberá referirse a la situación en que se hubiere seguido el procedimiento legal necesario y, por lo tanto, no se esté actuando contra la ley, será un ejemplo de libertad de acción. La libertad de educación también es una concreción de la libertad de acción, ya que no está restringida legalmente la posibilidad de elegir la educación para los hijos, ni tampoco la libertad de enseñar.

Esta tendencia de la indivisibilidad de los derechos humanos (entre derechos individuales y derechos económicos, sociales y culturales) así como de la implantación de iguales mecanismos de aplicación para ambos, trató de plasmarse en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en El Salvador, en la XVIII Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, el cual fue ratificado únicamente por dos o tres Estados. Sin embargo, lo único que se logró en favor de esta tendencia fue un avance muy tímido: el reconocimiento de la existencia de ciertos derechos económicos, sociales y culturales que son de 'exigibilidad inmediata' y que en realidad, como lo mencioné antes constituyen más bien derechos individuales que sociales. Para el resto de derechos económicos, sociales y culturales, se mantuvo la tesis de su carácter de 'realización progresiva'.

Recientemente se incluyen también dentro de los derechos humanos, los derechos llamados de *solidaridad*, tercera generación de derechos humanos, referentes al derecho a la libre determinación de los pueblos, a la protección ecológica, al desarrollo, a la comunicación, de los pueblos indígenas, etc., y en los cuales es la humanidad misma la que tiene el derecho y también la obligación de respetarlos.

19 OEA, 'Observaciones de la Corte Interamericana de derechos humanos (sobre el) Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos' 1984. Citado por A. Cançado Trindade, 1992.

20 *Idem.*

En lo personal, pienso que los únicos derechos humanos son los individuales, ya que sólo éstos son los que ofrecen a los individuos la oportunidad de desarrollo y desenvolvimiento para llevar a cabo sus metas personales, hasta el límite de sus posibilidades. Además, sólo éstos son verdaderamente exigibles y oponibles a alguien, el Estado, quien tiene la absoluta obligación de abstenerse de interferir en la esfera de acción de cada individuo que lucha por superarse y desarrollarse de la mejor forma que le parezca. Los derechos sociales no tienen en concreto un sujeto pasivo ni forma de hacerlos efectivos, ya que es imposible exigirle al Estado que proporcione trabajo, educación y servicios de salud para cada miembro de la sociedad. Lo único que puede pedírsele es que propicie el clima para la creación de estas condiciones, mediante su no intervención en el actuar de los individuos.

Con la inclusión de los derechos sociales dentro de los derechos humanos lo único que se logra es una constante violación de los derechos individuales. Se le atribuyen al Estado funciones paternalistas, y por ende se le empuja a que tome un papel protagónico dentro del proceso económico de distribución de la riqueza para privilegiar a determinados grupos que no se han logrado desarrollar por su propio esfuerzo. Esto va en detrimento del derecho que tiene cada persona a la no interferencia dentro de su campo de acción y a la libre disposición de lo que logre como fruto de su esfuerzo.

Este problema se agrava en casos como el guatemalteco, en donde la propia Constitución contempla dentro del mismo conjunto de derechos humanos (Título II) a los derechos individuales, civiles y políticos (Capítulo I y III) y a los derechos sociales (Capítulo II). Esta situación nos puede llevar a un conflicto entre normas de la misma categoría: constitucional, y que, por ende, en teoría tendrían la misma jerarquía. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos, como lo expliqué anteriormente, la realización de un derecho de tipo económico, social o cultural implica la restricción de un derecho individual. De ahí la importancia de comprender los verdaderos alcances de los llamados derechos de la segunda generación.

En cuanto a los derechos de solidaridad, éstos son mucho más vagos que los anteriores y pretenden tener como sujeto pasivo a la misma humanidad.

Como podemos ver en el ámbito de protección de los derechos humanos hay una tendencia de ir extendiendo su contenido, volviéndolo cada vez más impreciso y, por lo tanto, haciendo menos efectivo su respeto y protección. Para efecto de este trabajo, sin embargo, consideraremos que el término *derechos humanos* abarca todos aquellos contemplados por la legislación interna, aunque dentro de la misma, como expuse anteriormente, se padece de la misma imprecisión.

1.4.2 Evolución de la protección de los derechos humanos

La protección de los derechos humanos ha tenido un proceso que se inicia en la Epoca Feudal, cuando los señores feudales y los gobernados hicieron un pacto respecto a sus respectivas obligaciones. Luego viene una etapa en que la protección de los derechos humanos se elevó a un nivel legal, quedando al amparo del organismo legislativo, en una época en que la monarquía ejercía un poder absoluto. Cuando se torna insuficiente esta protección, los derechos humanos se plasman en la norma constitucional, quedando a salvo de toda arbitrariedad por parte del monarca y del poder de reforma y creación de nuevas leyes por parte del organismo legislativo. De esta manera se constituye el juez en el protector de los derechos humanos.

Posteriormente, situaciones de fuerza como golpes de Estado, estados de excepción, y principalmente las barbaridades cometidas por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, fueron factores determinantes para la inclusión de los derechos humanos en el ámbito internacional. De esta manera se perseguía su efectiva protección mediante instrumentos aceptados a nivel internacional que los garantizaran. Durante los juicios de Nuremberg, salieron a luz los *crímenes contra la humanidad*, y se estableció que todo Estado tiene el derecho y la obligación de velar por la protección de los derechos humanos.

Es así como llegamos a una etapa en que se pasa de la regulación interna de las relaciones entre el Estado y sus nacionales, a una regulación internacional que protege a los individuos de los abusos de sus gobiernos mediante la presión de los demás Estados y Organizaciones Internacionales.

Esta introducción de los derechos humanos dentro del ámbito de la materia del Derecho internacional ha producido enormes cambios respecto a la concepción clásica del Derecho internacional. En primer lugar el concepto de sujetos de Derecho internacional refiriéndose a los Estados y Organizaciones Internacionales únicamente, se amplía con la inclusión del individuo como sujeto. Esto ocurre en el Derecho internacional, pasando de ser objeto a sujeto, desde el momento en que se le faculta para exigir y defender a nivel internacional el respeto a sus derechos fundamentales. Se manifiesta por medio del 'acceso directo a la justicia internacional',[21] de lo contrario el individuo víctima de la violación de sus derechos necesitaría, para exigir justicia internacional, de la intervención misma del Estado violador como sujeto del Derecho internacional, cosa verdaderamente imposible.

En segundo lugar el concepto de soberanía se ve modificado. Tradicionalmente la soberanía es 'un concepto negativo que expresa la ausencia de toda subordinación'[22] ya que se ha respetado el principio de no injerencia en los asuntos internos de cada país, quedando vedado a los Estados la intervención en las relaciones sostenidas entre cada Estado y sus nacionales. Los primeros pasos en la modificación de este concepto se dan con la Intervención Humanitaria propuesta en el siglo XVII por Hugo Grocio, con la que se 'reconoce el derecho de uno o más Estados de adoptar medidas, incluyendo el uso de la fuerza militar, para detener violaciones manifiestas de derechos fundamentales de los individuos por parte del Estado de su nacionalidad.[23]

Esta teoría no ha sido muy aceptada porque sólo sería aplicada sobre los países débiles, sujetos a la intervención de los países poderosos, mientras que sobre éstos no habría posibilidad de ejercer el control en relación al respeto interno de los derechos humanos.

Actualmente, el concepto de soberanía se entiende con alcances más limitados, ya que el Derecho internacional significa un importante límite al ejercicio del poder en el orden interno, siendo irreconciliable el moderno concepto del Derecho internacional con una concepción de soberanía absoluta.

1.4.3 Los tratados internacionales en materia de derechos humanos

En aras de una mejor y más efectiva protección de los derechos humanos, los Estados han suscrito gran cantidad de instrumentos internacionales en esta materia, para de alguna manera garantizar el derecho a una vida digna de los miembros de toda sociedad organizada. De esta manera 'han limitado el ejercicio de la soberanía estatal en forma sorprendente'[24] sin que por ello se vea perjudicado el concepto generalmente aceptado de la soberanía.

Debido a esta internacionalización de los derechos humanos y a la gran importancia que han adquirido, se habla de una nueva rama del Derecho, denominada *Derecho internacional de los derechos humanos.* Se dice que esta rama 'se ocupa del establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones gubernamentales de derechos [...]'[25] contando con un número importante de cuerpos normativos.

La naturaleza del Derecho internacional de los derechos humanos es diferente a la del Derecho internacional común. El primero es un Derecho imperativo que contiene estipulaciones en favor de terceros, los seres humanos, y aunque es creado por los Estados no puede ser anulado ni modificado en el sentido de disminuir los derechos fundamentales ya reconocidos, es decir, que los Estados no pueden *disponer* de él. El segundo es un Derecho imperativo, sólo involucra derechos y obligaciones entre Estados, por lo cual los mismos que concurren a su formulación pueden modificarlo o ampliarlo de común acuerdo, porque no están en juego intereses de terceros (seres humanos) que puedan resultar afectados.

Los tratados en materia de derechos humanos presentan ciertas características que los diferencian

21 R. Brunet, 1947:330.
22 D. Uribe Vargas, 1972:83.
23 H. Montealegre, H. 1979:642.
24 C. García Bauer, 'derechos humanos Preocupación Universal'.
25 T. Buergenthal, C. Grossman y P. Nikken, 1990:3.

del resto de los tratados internacionales. En primer lugar, en la generalidad de tratados, los sujetos obligados son los Estados, quienes convienen en obligaciones recíprocas con los demás Estados, por lo que están obligados a cumplir y responder frente a los demás Estados. En los tratados en materia de derechos humanos, los Estados adquieren compromisos frente a sus nacionales, son los individuos miembros de una nación los que adquieren derechos respecto del Estado. Estos derechos consisten en la garantía de que sus derechos fundamentales serán respetados en todos los Estados que hayan ratificado el tratado. De ahí el cambio sufrido en el concepto de sujetos del Derecho internacional, quedando los demás Estados como contralores de la actividad de cada uno de ellos, pudiendo denunciar en cualquier momento violaciones a los derechos humanos de alguien, al igual que cualquier persona directamente afectada.

En cuanto a la *aplicación* de las normas internacionales en materia de derechos humanos, debemos, en primer lugar, analizar el carácter auto-ejecutable o no de estas normas, con base en lo que expliqué en el apartado anterior respecto a la aplicación de los instrumentos internacionales dentro del Derecho interno.

Como dije anteriormente, en materia de derechos humanos, principalmente, no debe quedar únicamente al arbitrio del Derecho interno la validez y eficacia de los instrumentos internacionales, debe tener el Derecho internacional un papel protagónico. Es a la luz de este último que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha establecido que las normas internacionales de derechos humanos 'reconocen derechos y obligaciones susceptibles de ser ejecutados -directamente- por los tribunales nacionales'. Este principio opera salvo ciertos casos en que no se cumplen los requisitos para que la norma sea ejecutable por sí misma, por ejemplo, cuando de la norma no se derive en forma directa un derecho en favor de un individuo, o bien que la norma sea muy general y en consecuencia se requiera de un acto legislativo (ley) o administrativo (reglamento) que la especifique para poder ser aplicada judicialmente.

A pesar de que se ha enfatizado mucho el carácter auto-ejecutable de instrumentos en esta materia, si tomamos el caso de la *Convención Americana sobre derechos humanos*, por ejemplo, nos encontramos con que ha sido muy cuestionado el carácter de su artículo 2 en donde se establece el 'Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedi-mientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades'.

Esta norma jurídica ha dado lugar a sugerir que las disposiciones de la Convención no son exigibles directa e inmediatamente, sino que requieren de ciertos actos legislativos internos de cada Estado para su aplicación. Estados Unidos, por ejemplo, sustenta esta posición y argumenta que 'La Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (Artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidos por la Convención. (Artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación sustantiva a la jurisdicción y legislación doméstica ...Los Estados Unidos de América declaran que los artículos 1 a 32 de esta Convención no se aplican directamente (*self-executing*)'.[26]

Con este tipo de interpretación, los Estados contratantes no quedarían obligados en los términos de la Convención, sino en la medida que sus leyes internas viabilicen su ejecución. La posición norteamericana a este respecto ha sido criticada, argumentándose que 'lo que quiso decir el artículo 2 de la Convención fue únicamente que los Estados Partes se comprometen a eliminar en el ámbito de su jurisdicción, todos los obstáculos que se opongan a la aplicación de la Convención [...] pero en ningún momento puede deducirse de su texto que los artículos 1 a 32 no se apliquen directamente [...] Si la Convención Americana busca garantizar derechos de las personas individuales debe interpretarse de suerte tal

26 Comentario hecho por el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos al enviar la Convención al Senado para su consentimiento.

que pueda aplicarse inmediata y directamente a los particulares [...] Si se leen los artículos 3 a 32 de la Convención se puede concluir que las normas del Convenio son en su conjunto bastante precisas para poder ser objeto de aplicación inmediata [...]'[27]

Para el juez Gros Espiell,[28] el artículo 2 de la Convención es sólo una obligación adicional, que complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1. Su único sentido es clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación.

Por otro lado, la Corte Interamericana de derechos humanos expresó: 'Este artículo recoge una regla básica del Derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole'. (Oct-7/86)[29]

A mi entender el espíritu del artículo 2 de la Convención es viabilizar la aplicación de aquellas normas de la Convención de carácter programático, es decir, que no gozan de carácter auto-ejecutable, ya que se refiere a todas aquellas disposiciones que por no bastarse a sí mismas, requieren un acto legislativo o administrativo *para hacer efectivos los derechos* que contienen. Por lo tanto, estimo que no se puede emitir un criterio generalizador sobre las disposiciones de la Convención contenidas entre el artículo 1 y 32 en cuanto a que no se aplican directamente. De lo contrario, como expresé anteriormente, los Estados partes no quedarían obligados en los términos de la Convención sino según las disposiciones emitidas en el orden interno con ocasión de la Convención, situación que provocaría una peligrosa discrecionalidad para el cumplimiento de la Convención por parte de los Estados.

Ejemplo de normas programáticas dentro de la citada Convención, tenemos la contenida en el artículo 26: 'Desarrollo progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena actividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados'. Como podemos ver esta norma carece de exigibilidad inmediata por parte de los individuos miembros de un Estado, ya que la vigencia de esta norma implica una gama de actividades y políticas por parte de cada Estado. Se trata del completo desarrollo de una política gubernamental dirigida a lograr una serie de objetivos y que, de no contar con normas internas en cada Estado que tiendan al logro de dichos fines, se quedará como una mera declaración del fin a que debe tender cada Estado parte, sin ninguna aplicación. Esta situación se dará con la mayoría de disposiciones que regulen derechos económicos y sociales.

En relación a la *Carta de las Naciones Unidas*, en fallos de la Corte Suprema estadounidense, también se ha expresado que sus disposiciones no son autoejecutivas, en virtud de contener, por ejemplo, el artículo 1, meros propósitos y objetivos de la Organización, los cuales no pueden ser impuestos a los Estados Miembros considerados individualmente. Manifiestan que por medio de actos legislativos de cada Estado se desarrollarán los principios de la Carta y que nada indica ni refleja la intención de los miembros de poder ser compelidos al cumplimiento de la misma ante órganos judiciales.[30]

Otro ejemplo de norma programática dentro del ámbito internacional de los derechos humanos, es el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, adoptado en 1989. Este Convenio es aplicable a los pueblos indígenas de países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional

27 Opinión del ex miembro de la Comisión Interamericana de derechos humanos, Marco Monroy Cabra, en OEA 1984:141-142.

28 Citado por R.E. Piza R., 1989:103-104.

29 *Idem*. En el mismo sentido Advisory Opinion. P.C.I.J. Reports, Series B, Nº 10:20 (1925). '*Opinion of the Court. This clause... merely lays stress on a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid internacional obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfiment of the obligations undertaken.*'

30 242 P. 2d 617 (1952). 19 I.L.R. 312 (1952). Supreme Court of California.

así como a aquellos pueblos de países independientes considerados indígenas por su descendencia, y viene a revisar el Convenio 107 adoptado en 1957.

Me refiero a este Convenio como de carácter programático, es decir, no auto-ejecutable, porque a lo largo de su normativa nos encontramos con disposiciones que nunca podrían ser aplicadas directamente; consisten en objetivos y principios a los que se debe tender para que se respeten y se les dé participación a los pueblos indígenas. A continuación citaré algunas de las normas que reflejan este carácter:

El artículo 2 establece: '1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad, de desarrollar con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que *la legislación nacional* otorga a los demás miembros de la población'. El subrayado es mío para evidenciar que con esta simple disposición únicamente se está procurando que se aplique efectivamente la ley interna, y por lo tanto, sólo de una manera indirecta procura la protección de los pueblos indígenas, ya que no contiene derechos sustantivos.

El mismo artículo continúa diciendo: '[...] b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad nacional [...]' Esta disposición no implica la inmediata exigibilidad de dichos derechos por parte de los pueblos indígenas, ya que, como dije anteriormente, su efectividad depende de las políticas económica y sociales que adopte el gobierno así como de la efectividad que tenga el marco legal de cada país. Es por esto que no podemos tomarla como una norma que se baste a sí misma, sino que necesita de la adopción de medidas internas.

El artículo 14, en la parte de Tierras, establece '1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan [...] 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección [...] 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados'.

Este es un claro ejemplo de norma programática, ya que ningún grupo indígena podría venir a decir que es propietario de determinada porción de terreno si previamente no se ha establecido por la vía legislativa o administrativa qué tierras son las que *tradicionalmente* han ocupado así como las consideraciones pertinentes al caso.

Así como las normas citadas anteriormente, existen otras más dentro del citado Convenio que no gozan del carácter auto-ejecutable. Esta es una característica que vamos a encontrar en la mayoría de los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales, como consecuencia de las razones antes expuestas y, además, porque para el cumplimiento de los objetivos en ellos consagrados, existe una dependencia directa de la capacidad económica de cada Estado.

En Guatemala, el artículo 46 de la Constitución establece el principio de 'Preeminencia del Derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno'. Este artículo será analizado en detalle más adelante, sin embargo, dentro del campo que estamos estudiando, es decir, el carácter auto-ejecutable o no de las normas internacionales en materia de derechos humanos, es de suma importancia.

Tomando como principio que el citado artículo pretende solucionar el supuesto conflicto entre una norma de Derecho internacional y una norma de Derecho interno que regulen una misma situación, debemos tener claro que *el conflicto entre ambas normativas sólo se daría cuando las disposiciones del Derecho internacional tengan carácter auto-ejecutable*, ya que son éstas las que, una vez concluido el procedimiento de internación del tratado, se incorporan directa e inmediatamente al ordenamiento jurídico interno con la categoría que la norma constitucional establece.

En aquellos casos en que nos hallemos ante normas programáticas, no auto-ejecutivas, y que, por lo tanto, se requiera que un Estado adopte medidas dentro de su orden interno, ya sea legislativas o administrativas, no surgirá el citado conflicto entre

normas internas e internacionales, ya que, en todo caso, las dos normas en conflicto serían de la misma categoría y pertenecientes ambas al orden interno (norma de Derecho interno en materia de derechos humanos *versus* ley -acto legislativo- o reglamento -acto administrativo- que desarrolle una norma de Derecho internacional en materia de derechos humanos) y en consecuencia el artículo constitucional citado no le sería aplicable. Si el conflicto surgiera entre una ley o reglamento y la Constitución operaría el principio de primacía constitucional contenido en el artículo 175 de la Constitución: 'Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure [...]', también lo encontramos en el artículo 204 que establece: 'Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la *Constitución de la República* prevalece sobre cualquier ley o tratado'.

1.4.4 Los tratados internacionales en materia de derechos humanos en la legislación guatemalteca

En Guatemala los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como cualquier otro tratado, sufren un proceso de internación para adquirir fuerza de ley, tal y como lo expliqué anteriormente en el apartado del régimen legal de los tratados internacionales.

A los tratados en materia de derechos humanos, tanto en la legislación guatemalteca como en otros pocos casos del derecho comparado, se les confiere una categoría y jerarquía especial. Por ejemplo, en Costa Rica y en Honduras se le atribuye a estos tratados una jerarquía superior a las leyes, sin que por ello tengan rango constitucional. En el Perú, se les considera con jerarquía constitucional y hasta se contempla la posibilidad de que el tratado internacional contenga disposiciones que modifiquen la Constitución, en cuyo caso debe seguirse el procedimiento establecido para la reforma constitucional.

En Guatemala, la situación es similar a la del Perú, aunque con implicaciones más serias, ya que el artículo 46 de la *Constitución de la República de Guatemala* establece el principio de 'Preeminencia del Derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno'. La legislación peruana simplemente le otorga jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos, mientras que la guatemalteca parece otorgarle preeminencia a dichos tratados aún sobre la Constitución. Esto dependerá de la interpretación que se haga del artículo en cuestión así como del sentido que se le dé al término *Derecho interno*. Hay una polémica respecto de esta disposición constitucional, ya que muchos piensan que el término *Derecho interno* se refiere únicamente a leyes ordinarias, tratados y reglamentos, mientras que otros piensan que dentro del Derecho interno también se incluye la Constitución. Este punto será estudiado en el presente trabajo debido a la especial trascendencia que trae consigo la correcta interpretación de esta norma constitucional.

2 Interpretación del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala

2.1 Importancia y aplicación de la Ley del Organismo Judicial

La *Ley del Organismo Judicial* es, después de la *Constitución Política de la República*, la ley más importante del país, por constituir la fuente de la que emanan las normas generales de aplicación e interpretación de todo el régimen jurídico guatemalteco. A pesar de los continuos cambios de nuestra ley constitucional, las disposiciones de la *Ley del Organismo Judicial* han conservado su vigencia y de esta manera han orientado y amparado nuestro régimen legal.

El título I de la *Ley del Organismo Judicial*, Decreto 2-89, comprende las llamadas Normas Generales. Este apartado está constituido por un conjunto de principios cuya aplicación no está restringida a la actividad puramente jurisdiccional que desarrollan los diversos órganos del Organismo Judicial, sino que tiene aplicación para todo el ordenamiento jurídico. El capítulo I dentro del citado título establece los Preceptos Fundamentales que regulan materias tales como fuentes del ordenamiento jurídico guatemalteco, jerarquía normativa, ámbito de aplicación de la ley, sistemas de inter-

pretación y aplicación de la ley, garantías procesales de la aplicación de la ley y limitaciones en el ejercicio de derechos.

El artículo 1 de esta ley, preceptúa: 'Normas generales. Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco'. En virtud de esta norma legal los preceptos fundamentales arriba mencionados son de aplicación imperativa para todo el ordenamiento jurídico guatemalteco. Son principios hermenéuticos que informan nuestro Derecho y, por lo tanto, de observancia obligada en su manejo.

Esta norma de la *Ley del Organismo Judicial* (Artículo 1) es novedosa y de repercusiones trascendentales, ya que eleva las normas del capítulo de Preceptos Fundamentales a un orden superior al del resto del ordenamiento jurídico del país. Se puede aseverar que la Constitución y la *Ley del Organismo Judicial* son el bastión sobre el que descansa la legalidad del sistema jurídico guatemalteco.

Como podemos ver la misma *Constitución Política de la República* queda bajo el manto de aplicación de los Preceptos Fundamentales establecidos por la *Ley del Organismo Judicial* actual.

En tal virtud para interpretar la *Constitución Política de la República* y las demás leyes del país debemos guiarnos por lo preceptuado por el artículo 10 de la *Ley del Organismo Judicial* que establece lo siguiente: 'Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

a- A la finalidad y al espíritu de la misma;
b- A la historia fidedigna de su institución;
c- A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
d- Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho'.

En el apartado siguiente nos encargaremos de determinar los alcances de estos métodos de interpretación.

2.2 Métodos de interpretación

El significado que generalmente se le atribuye al término interpretar es el de desentrañar el sentido de una expresión. Específicamente, interpretar las normas jurídicas es 'desentrañar su verdadero sentido y alcance. La interpretación constituye una tarea técnica que tiende a investigar la inteligencia que debe darse a una norma, determinando así su campo de aplicación'.[31]

Para realizar esta tarea de interpretación de la ley se han propuesto varios métodos, que resumo a continuación:

a- Método gramatical: Consiste en interpretar la ley fielmente con su texto, entendiendo las palabras en su sentido literal y gramatical.
b- Método lógico: Consiste en descubrir el fin de la norma jurídica, mediante la búsqueda de la voluntad del legislador o bien del espíritu de la norma en su sentido objetivo. Esto se logra a través del estudio de las exposiciones de motivos, diarios de sesiones, etc., para determinar las razones que dieron lugar al nacimiento de la norma jurídica en cuestión.
c- Método sistemático: Busca interpretar la ley dentro del conjunto de normas vigentes con las que esté conectada. Esto debe ser así porque las normas no se encuentran aisladas sino que integran un todo unitario.
d- Método histórico: Consiste en recurrir al sistema legal vigente al tiempo de la emisión de la norma en cuestión a efecto de determinar la situación prevaleciente en la época, comparando dicha situación con la nueva creada por la norma jurídica.

Estos cuatro métodos han sido utilizados a través de la historia por diferentes escuelas, dándole cada una de ellas diferente importancia, según lo que entiendan por *interpretación de la ley*.

La Escuela de la Exégesis se caracteriza por interpretar la ley según la intención y voluntad del legislador, en el caso de que no sea claro su texto. Por tanto, utiliza en primer lugar el método gramatical, de manera de interpretar la ley en su sentido literal, y sólo cuando esto no es posible debido a obscuridad o ambigüedad de los términos, se utiliza el método lógico para descubrir cuál era *la voluntad del legisla-*

31 C. Mouchet y R. Zorraquín: 252.

dor al momento de emitir la norma jurídica. Como podemos ver, esta escuela rendía un culto exagerado al texto de las disposiciones legales e identificaba el espíritu de la ley con la voluntad o intención del legislador. Se tomaba a la ley como la única fuente del Derecho.

El Método de la Libre Investigación Científica propugnado por Gény es muy similar al de la Escuela de la Exégesis, sólo difiere de ella en que considera que sí deben tomarse en cuenta las demás fuentes formales del Derecho para la interpretación de la ley. Además, deben evaluarse las condiciones sociales imperantes al nacer la norma y que pudieron influir en el criterio del legislador, así como la finalidad atribuida a la norma jurídica. Como podemos ver aquí también se identifica el espíritu de la ley con la voluntad del legislador.

La Escuela Histórica fue impulsada por Savigny, para quien interpretar la ley es reconstruir el pensamiento contenido en la misma. Esta escuela utiliza el método gramatical y el lógico de manera que se descubra la voluntad del legislador, pero, además, utiliza el método histórico para comparar el sistema jurídico vigente al momento de surgir la norma jurídica en cuestión y el sistema jurídico modificado en virtud de dicha norma. Además, hace uso del método sistemático, por lo que interpreta la norma jurídica en el contexto creado por todo el ordenamiento jurídico.

Esta escuela también se orienta al descubrimiento de la voluntad del legislador, sin embargo, otra corriente sustentaba que la norma, una vez formulada, se independizaba de la voluntad de los legisladores y quedaba susceptible de evolucionar de acuerdo a los cambios históricos ocurridos.

Podemos concluir diciendo que 'lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley [...] la ley es la voluntad general, no la voluntad de un solo cuerpo gubernativo [...] la misión de los legisladores no estriba en dar expresión a lo que ellos quieren, sino a lo que jurídicamente debe ser'.[32]

La correcta interpretación de la ley es la que tiende a descubrir su *sentido objetivo*, que es el que trasciende a través de los años y que debe regir para evitar arbitrariedades en cuanto a la interpretación. Asimismo, debe tomarse en cuenta todo el ordenamiento jurídico, como el sistema del cual forma parte la norma jurídica en cuestión.

La interpretación en el Derecho guatemalteco obedece a las reglas que establece la *Ley del Organismo Judicial* en su artículo 10: 'Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

a- A la finalidad y al espíritu de la misma;
b- A la historia fidedigna de su institución;
c- A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
d- Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho'.

Como podemos ver nuestra legislación utiliza en primer lugar el método gramatical combinado con el sistemático, ya que deben interpretarse las leyes en su sentido literal, siempre tomando en cuenta el resto del ordenamiento jurídico con el que la norma tenga conexión. En casos en que exista duda respecto a la significación y alcance de una norma jurídica debe buscarse *la finalidad y espíritu de la norma jurídica*. Para esto debe tomarse en cuenta que lo que debe interpretarse es el texto de la norma jurídica y no la intención del legislador, sólo de esta manera se descubre *el sentido objetivo de la norma jurídica* que es el que trasciende al conocimiento público y es lo que en realidad queda materialmente manifestado.

Los jueces y las personas en general no deben estar sujetas a descubrir la voluntad del legislador, sino más bien la finalidad y razón de existir de la norma jurídica, tomando en cuenta las condiciones que motivaron a dictarla.

En segundo lugar se recurre a la historia fidedigna de su institución, es decir, que mediante la utilización del método histórico, se buscan los orígenes de la norma jurídica con base en la comparación del derecho vigente al tiempo de su emisión.

En tercer lugar se atiende a la analogía, que consiste en aplicar una consecuencia jurídica establecida para una situación regulada, a un supuesto que no tiene consecuencia prevista. En el caso de la interpre-

32 E. García Máynez, 1961.

tación sirve para aclarar el sentido o enfoque que debe dársele a una consecuencia jurídica existente, pero que presenta dudas por su oscuridad o ambigüedad. Se logra mediante una comparación con la regulación de otra situación o supuesto similar.

En cuarto lugar se atiende a la equidad y a los principios generales del Derecho. La equidad se define como 'la solución justa de los casos singulares'.[33]

Los principios generales del Derecho son todos aquellos pilares sobre los que se erige el sistema jurídico y que constituyen postulados del Derecho natural, tales como la seguridad jurídica, la certeza, la justicia. Son ideales a los que debe aspirar todo ordenamiento jurídico.

2.3 Análisis del artículo 46 de la Constitución

El artículo 46 de la Constitución establece: '*Preeminencia del Derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno*'.

En el apartado anterior hice alusión a los métodos de interpretación de la ley que establece la *Ley del Organismo Judicial* y que, en virtud del ámbito de su aplicación, son también aplicables a la propia Constitución. Si analizamos esta norma jurídica de acuerdo a los procedimientos que establece la *Ley del Organismo Judicial* para el efecto, es decir 'conforme a su texto según el sentido propio de las palabras, a su contexto [...]' así como, según la 'finalidad y al espíritu de la misma', podemos aseverar con seguridad que su único objetivo es *permitir la ampliación* de los derechos contenidos en la Constitución.

Esta disposición jurídica establece una determinada jerarquía de normas, la cual opera en los casos en que surge *conflicto entre leyes*, prevaleciendo siempre la de mayor jerarquía. Subrayo la frase *conflicto entre leyes* porque sólo en caso de conflicto entra en juego la jerarquía legal.

Con esta norma se pretende dar a los tratados, en materia de derechos humanos, una jerarquía superior expresa, que los coloca sobre el Derecho interno. El único fin posible de esta norma es el desarrollo y ampliación de los derechos humanos, situación similar a la consagrada en el artículo 106 de la Constitución respecto a los derechos laborales y que será analizada más adelante. Resulta inconcebible pensar que el legislador constitucional buscara que un tratado internacional restringiera o disminuyera los derechos humanos contemplados por la Constitución. Es así como los derechos humanos contemplados en la Constitución vendrían a ser derechos mínimos, susceptibles de ser ampliados a través de la legislación interna o internacional.

De esta manera podemos concluir que tal legislación, local o internacional, que amplíe los derechos que contiene nuestra Carta Magna, *en ningún caso vendría a contrariar la Constitución por lo que el supuesto conflicto entre ambas normas nunca existiría*, y, por ende, no tiene sentido hablar de jerarquía entre ellas.

La pregunta de si el término *Derecho interno* incluye a la Constitución, es una pregunta mal enfocada, porque sería prácticamente imposible que existiera conflicto entre un tratado y la Constitución. El artículo 46, entonces, se hace innecesario con respecto a la Constitución, en virtud de lo dicho anteriormente. También lo es respecto a las demás leyes porque todo tratado, por su propia naturaleza contractual, está por encima de cualquier ley ordinaria. Esto se debe a que no puede modificarse *unilateralmente* una norma pactada entre dos o más Estados. El Estado no puede, por medio de un acto legislativo interno, modificar un acuerdo legalmente celebrado con otro Estado. Además de todo lo anterior, existen ya suficientes e importantes disposiciones constitucionales que demuestran que la Constitución sólo establece un catálogo mínimo de derechos fundamentales susceptible de ser superado. No se necesita de una norma que establezca la supremacía de estas normas frente a la Constitución, ya que la misma Constitución prevé la posibilidad de ser superada por otras leyes o tratados sin que esto implique que se le esté dando mayor jerarquía a los mismos.

Es muy poco probable que la situación de conflicto prevista por el artículo 46 surja, ya que los tratados internacionales en materia de derechos humanos que puedan ser ratificados por Guatemala, según la tendencia que actualmente se sigue respecto a dicha materia, siempre *desarrollarán* la normativa constitucional.

33 E. García Máynez, 1961:378.

Ahora bien, puede darse el caso que normas internacionales amplíen ciertos derechos constitucionales pero, al mismo tiempo, impliquen la restricción de otros. Es decir, que podría surgir un conflicto entre derechos individuales por un lado, y derechos económicos y sociales por el otro. Tal conflicto acarrearía un problema más difícil: si existe jerarquía entre unos y otros derechos.

Tal problema viene, sin embargo, a minimizarse si tomamos en cuenta que la mayoría de los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales no son auto-ejecutables, como lo expliqué en su oportunidad. Por lo tanto, establecen normas abstractas que deben ser concretizadas a través de legislación interna. En estos casos el legislador deberá cuidar que dicha legislación no contraríe la Constitución y, si lo hicieran, devendrían inconstitucionales, ya que no estamos en presencia de los establecido por el artículo 46 de la Constitución, sino en presencia de un conflicto entre normas internas.

Para los casos en que surja un conflicto directo entre ambos derechos, yo me inclino a pensar que existe una subordinación de los derechos económicos, sociales y culturales a los derechos individuales, ya que los primeros no pueden existir sin los segundos, constituyendo requisito indispensable de ellos. Por ejemplo, el derecho a la educación depende del respeto al derecho a la vida. Existe una jerarquía implícita derivada de los valores que las normas tienden a proteger.

Para el caso en que el tratado internacional viniera a restringir o disminuir los derechos humanos, no habría aplicación del artículo 46 ya que sería ir contra su espíritu e incluso contra lo razonable. En tales casos operaría el principio de primacía constitucional contenido en el artículo 175 de la Constitución: 'Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure [...]' así como el 204 que establece 'Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la *Constitución de la República* prevalece sobre cualquier ley o tratado'.

También el último párrafo del artículo 44 de la Constitución establece: '[...] Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza'. Además en materia de defensa de los derechos humanos priva el principio de interpretación extensiva de la ley, contenido en el artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad:[34] 'Interpretación extensiva de la ley. Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional'. En consecuencia tales normas devendrían, a nivel interno, inconstitucionales.

Sin embargo, es difícil que en primer lugar nazca y, en segundo lugar se ratifique por Guatemala un tratado internacional en el que los derechos humanos reconocidos se vean disminuidos, por las razones siguientes:

* primero porque el surgimiento y desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos ha obedecido a la necesidad de proteger cada vez más a nivel internacional, a los individuos frente a sus Estados. Implicaría un retroceso para la materia y objetivos del Derecho internacional de los derechos humanos el que un instrumento internacional vulnerara los mismos.

  Fiel reflejo de este espíritu lo encontramos incluso dentro del texto de instrumentos internacionales, por ejemplo, en la Convención Americana sobre derechos humanos, artículo 29: 'Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados'.
* Segundo porque resulta difícil creer que en caso de surgir un tratado del tipo anteriormente descrito, éste se introduzca dentro del Derecho interno sin ser cuestionado durante todo el proceso de su internación: primero al ser negociado por el Organismo Ejecutivo, luego al ser aprobado por el Organismo Legislativo y posteriormente al ser ratificado. Además, existe la función de la Corte de Constitucionalidad consistente en

34 *Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad*, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

'Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado'.[35] Podría también iniciarse posteriormente a su ratificación una acción de inconstitucionalidad.

Ejemplos del espíritu que impera en nuestra Constitución en cuanto a la posible ampliación y desarrollo de los derechos humanos en ella contemplados y, que a mi entender, son suficientes para garantizarlos jurídicamente, los encontramos desde su preámbulo. En éste se establece que se promulgó la *Constitución Política de la República de Guatemala* 'afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social [...] decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable [...]'. El artículo 1 de la Constitución establece la 'Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común'. El artículo 2 establece 'Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona'. Asimismo, en los artículos 3 y 4 se establece la garantía que el Estado debe prestar para la protección de estos derechos. De trascendencia innegable es el artículo 44 de la Constitución que será analizado a continuación.

2.4 Análisis del artículo 44 y sus implicaciones

El artículo 44 de la Constitución establece: '*Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza*'.

Como podemos ver, la Constitución está inspirada en principios que tienden a proteger cada vez más al ser humano, facilitando la vigencia de todos aquellos instrumentos que tiendan a lograr este mismo fin.

Se abre el campo al desarrollo de los derechos humanos, poniendo en evidencia su carácter evolutivo y no estático, así como el alto grado de globalización que ha flexibilizado enormemente el Derecho internacional y el Derecho constitucional de los Estados.

Además la tendencia actual va dirigida a la internacionalización y universalización de los derechos humanos, por lo que se le está dando mucha importancia a los instrumentos internacionales referentes a esta materia.

La inclusión del artículo 44 es importantísima, ya que abre las puertas a la posibilidad de darle categoría constitucional a todas aquellas disposiciones que involucren protección a los derechos humanos, ya que es una materia regulada dentro de la misma Constitución. Asimismo, se establece la nulidad *ipso jure* que afectaría a todas aquellas normas que en lugar de ampliar los derechos establecidos en la Constitución, tiendan a disminuirlos.

Esta norma constitucional no hace distinción en cuanto a orden jurídico interno u orden jurídico internacional, por lo que el establecimiento de los nuevos derechos o bien la superación de los ya establecidos puede provenir de cualquiera de los dos órdenes.

La norma tampoco hace diferenciación entre Derecho escrito y Derecho no escrito, por lo que también puede ser fuente de nuevos derechos el Derecho internacional consuetudinario. Esta tesis la encontramos también apoyada en el artículo 149 de la Constitución que establece: 'De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados'.

En el ámbito internacional rige el principio de que ningún país puede eludir el cumplimiento de las obligaciones internacionales alegando que existe una norma de Derecho interno que lo impide. El Estado se compromete a cumplir con todas las reglas internacionales que, aunque no estén contenidas en documentos convencionales, obligan a todos los

35 *Constitución Política de la República de Guatemala* de 1985, artículo 272 inciso e).

Estados. Esto se debe a que constituyen principios de carácter internacional que han cobrado fuerza vinculante debido a su constante práctica y a la conciencia por parte de los Estados de su obligación de cumplirlas. En virtud de esto, deben conformar su orden interno con dichos compromisos. Este principio ha sido declarado por tribunales internacionales y en consecuencia puede compelerse a un Estado para que cumpla con sus obligaciones.

Tomando en cuenta la importancia que tendría el Derecho internacional consuetudinario como fuente de obligaciones para el Estado de Guatemala, se hace necesario analizar algunos aspectos de la costumbre.

Según el jurista Rafael De Pina Vara, 'la costumbre es una forma espontánea de creación de normas de conducta o regulación de la conducta, surgida espontáneamente de un grupo social y de observancia voluntaria para quienes lo constituyen'.[36] Según la doctrina los elementos que configuran la costumbre son la *inveterada consuetudo* (es el elemento objetivo que representa la existencia de la práctica constante de determinado comportamiento) y la *opinio iuris sive necessitativs* (es elemento subjetivo representado por la conciencia de que cuando se somete voluntariamente a determinada práctica, está ajustando su conducta a una norma obligatoria).

En el ramo internacional la costumbre se verifica cuando se extiende su práctica a un conjunto de Estados, considerándose como parte del Derecho internacional por dichos Estados. Es fácil concluir que la materia contemplada por el Derecho internacional consuetudinario es mucho más amplia que la del Derecho de los tratados, sin embargo, las reglas establecidas por el primero rigen sólo en los casos en que la materia en cuestión no esté reglamentada por instrumentos internacionales.[37]

Las Declaraciones de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de derechos humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, forman parte del Derecho internacional consuetudinario y, aunque no surgen como consecuencia de la voluntad expresa de los Estados sino de la práctica internacional, son de cumplimiento obligado para los Estados en el ámbito internacional. Debe atenderse también a la regulación que se hace al respecto en el Derecho interno de cada país y, en el caso específico de Guatemala, el artículo 44 de la Constitución. Este artículo es un ejemplo del proceso de universalización e internacionalización que está teniendo la materia de los derechos humanos, nos abre la puerta a la ampliación y superación del catálogo de derechos humanos establecidos por la Constitución, sin imponer limitaciones en cuanto a sus posibles fuentes.

Esta situación establecida por el artículo 44 es similar a la que se da en materia laboral, ya que en el artículo 102 inciso t) de la Constitución se establece: 'El Estado participará en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones. En tales casos, lo establecido en dichos convenios y tratados se considerará como parte de los derechos mínimos de que gozan los trabajadores de la República de Guatemala'.

Asimismo, el artículo 106 del mismo cuerpo legal establece: 'Irrenunciabilidad de los derechos laborales. Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva. Serán nulas ipso iure y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos en favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos y otras disposiciones relativas al trabajo. En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en

36 R. De Pina Vara, 1988:189.

37 Cabria mencionar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, en su artículo 53, establece que un tratado que viole una norma perentoria de Derecho internacional (*Ius Cogens*), será nulo. La misma Convencion explica que debe entenderse por norma perentoria una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados, en su conjunto, de tal naturaleza que no admite derogación y que solo puede ser modificada por una norma subsecuente de la misma naturaleza Algunos de los derechos humanos podrían caer dentro de este supuesto, lo cual hace aun más improbable que un tratado internacional venga a restringir tales derechos.

materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores'.

A la fecha lo que han hecho las disposiciones legales, internas e internacionales en materia laboral ha sido *desarrollar* los principios que la Constitución ya ha establecido, ampliando y mejorando los derechos de los trabajadores. Para que estas normas sean aplicadas no ha sido necesario acudir al artículo 46 de la Constitución, basta con las ya mencionadas contenidas en los artículos 102 y 106, e incluso en el 44 de nuestra Carta Magna.

Doctrinariamente se habla del principio de 'aplicación de la norma más favorable en Derecho laboral', en aquellos casos en que una situación es regulada por varias normas jurídicas. De esta manera queda excluido el principio de jerarquía de normas.[38]

De igual manera, en materia de protección de los derechos humanos, si existen varias normas de orden interno e internacional aplicables a determinada situación, no debe aplicarse forzosamente la norma de mayor jerarquía, sino *aquella que sea más favorable al ser humano, dejando por un lado el principio de jerarquía normativa.* Esto se debe a que 'las normas internacionales que reconocen derechos al ser humano no son limitadas por sí mismas, sino que deben permitir nuevos y más amplios derechos y desarrollos'.[39] Este criterio ha sido sostenido por la propia Corte Interamericana de derechos humanos: 'Si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana [...]' (Oc. 5/85 del 13 de noviembre de 1985).

2.5 Interpretación del término 'Derecho interno'

Hasta el momento la discusión referente al artículo 46 de la Constitución se ha centrado en la interpretación del término *Derecho interno* contenido en el mismo. Por un lado se piensa que este término incluye dentro de su ámbito a la misma Constitución, mientras que por el otro se dice que sólo incluye a las leyes y normas jurídicas de categoría inferior a la Constitución.

De esta forma se ha dejado de lado la verdadera significación y trascendencia que se le da a la materia de los derechos humanos en las normas constitucionales mencionadas anteriormente. Y, principalmente, en el artículo 44, el cual es mucho más amplio y trascendental que el artículo 46.

Aún y cuando, como ya expresé, tal discusión acerca del *Derecho interno* resulta innecesaria, al igual que la existencia del el artículo 46, trataré el punto ya que fue éste el que originalmente me impulsó a escribir sobre el tema.

Los argumentos y resultados de la discusión respecto al término *Derecho interno* dependen del enfoque que se le dé al artículo 46 de la Constitución:

a- Si se toma el artículo 46 como una norma que únicamente pone de relieve expresamente la superior jerarquía que tienen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos respecto a las leyes ordinarias, bajo la premisa que los primeros en todo caso estarán desarrollando y ampliando los derechos fundamentales establecidos por la misma Constitución.

   En este caso, la discusión acerca de si el término *Derecho interno* incluye o no a la Constitución, se vuelve inútil e innecesaria, ya que un tratado o convenio que venga a ampliar los derechos humanos no estará contrariando la Constitución, sino que la estará *desarrollando* y, por lo tanto, no existirá conflicto de normas que haya que solucionar a la luz de la jerarquía normativa.

   En virtud de esta interpretación no tendría sentido que el término *Derecho interno* incluyera la Constitución, porque los instrumentos internacionales sólo la estarían desarrollando, no necesitarían tener superior jerarquía que la Constitución y, en consecuencia la Constitución seguiría manteniendo su posición de superioridad. Nunca surgirá conflicto entre ambos cuerpos jurídicos porque, al igual que las leyes ordinarias, los tratados sólo podrían ampliar, superar o mejorar los derechos fundamentales ya establecidos por la Constitución. En caso contrario, es decir, que el tratado viniera a restringir o disminuir los derechos amparados por la Constitución, sería nulo, en virtud del principio de primacía constitucional. A mi entender ésta es la forma correcta de interpretar el artículo 46 de la Constitución, y queda en evidencia que está de más.

38 Pérez Botija, 1972:150.
39 R.E. Piza R., 1989:113

b- Si se toma el artículo 46 como una disposición que establece una determinada jerarquía de normas, tomando como base el supuesto de que surja *conflicto entre leyes.*

La atención general se ha centrado en la polémica generada por esta corriente. Ya dijimos que es prácticamente imposible que surja conflicto entre la Constitución y un instrumento internacional en materia de derechos humanos, sin embargo, si llegara a surgir, creo que el análisis correcto es el que expongo a continuación.

Para esclarecer el punto pienso que es conveniente *descubrir* el sentido que encierra el término *Derecho interno* contenido en el artículo en cuestión. Esto debe establecerse a la luz de los procedimientos establecidos por la *Ley del Organismo Judicial* para el efecto, partiendo de la base del supuesto conflicto que se daría entre la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos:

En primer lugar debemos interpretarla 'conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto [...]'[40] es decir, de acuerdo con el método gramatical combinado con el sistemático. El término que ofrece duda es el de *Derecho interno*, y el artículo 11 de la *Ley del Organismo Judicial* establece que 'las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española'. Sin embargo, en el presente caso, el término *Derecho interno* no aparece exactamente definido, por lo que debemos atender a lo que establece para el efecto la norma citada: 'si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate'.

En virtud de esta disposición debemos considerar la opinión de las personas más versadas en la materia que nos ocupa, es decir, los juristas. Es aquí donde se evidencian las diversas posturas que surgen al respecto. Estas dependerán de la corriente que, para establecer las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, siga el jurista en cuestión, ya sea la corriente monista o la dualista.

Uno de los seguidores de la corriente monista y, más específicamente, de la que acepta la supremacía de los tratados en materia de derechos humanos sobre la Constitución, es el Doctor Edmundo Vásquez Martínez. Para él el término Derecho interno abarca *todo el ordenamiento jurídico* y en consecuencia a la misma Constitución. Existe un principio que establece que donde el legislador no distingue no es lícito que los demás lo hagan, por lo que, si el legislador no hace diferencia entre el Derecho interno y la Constitución, no cabe al intérprete hacer esa diferenciación. El artículo 46 es una norma general que establece una especial excepción. El artículo 3 de la Ley de Amparo aclara el artículo 46, al establecer: 'Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el Derecho interno'. En el mismo sentido el artículo 9 de la *Ley del Organismo Judicial*: 'Supremacía de la Constitución. Los tribunales judiciales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de la supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier otra ley, o tratado internacional, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos ratificados por Guatemala, que tienen prevalencia sobre el Derecho interno. Carecen de validez las disposiciones que contradigan a una norma de jerarquía superior'. Por lo tanto, hay dos ratificaciones al respecto.[41]

En segundo lugar el artículo 10 de la *Ley del Organismo Judicial* establece que 'el conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes'.

En cumplimiento de esta norma, es obligado establecer relación entre el artículo 46 de la Constitución y una serie de normas. Empezamos por el preámbulo del texto constitucional que establece que se promulgó la Constitución Política de la República de Guatemala 'afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social [...] decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable [...]'. El artículo 1 de la Constitución establece la 'Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común'. El artículo 2 establece 'Deberes del Estado. Es deber

40 Artículo 10 de la *Ley del Organismo Judicial*, decreto 2-89 de Congreso de la República.
41 Entrevista al Doctor Edmundo Vásquez Martínez

del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona'. Asimismo, en los artículos 3 y 4 se establece la garantía que el Estado debe prestar para la protección de estos derechos.

El artículo 44 de la Constitución establece: 'Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza'.

La interpretación del artículo 46 de la Constitución, de acuerdo con el conjunto de la misma, nos permite concluir que el término *Derecho interno* sí incluye a la Constitución. Se toma como una previsión del nacimiento de nueva normativa jurídica que desarrolle más la materia de los derechos humanos ampliándolos o facilitando su vigencia. Esto se debe a que sería imposible incluir dentro de la Constitución un catálogo de derechos humanos que los incluyera todos, lo cual sería en todo caso innecesario ya que los derechos humanos no se adquieren por reconocimiento del Estado, sino que son inherentes a la persona humana y, en consecuencia, resulta limitativo el tratar de hacer una lista de los mismos.

En tercer lugar la ley establece que 'los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar atendiendo a [...] la finalidad y al espíritu de la misma'. Lo que debe tratar de descubrirse es el sentido objetivo de la norma jurídica, para poder determinar su finalidad y razón de existir, tomando en cuenta las condiciones que motivaron a dictarla. Para este efecto resultan muy útiles las exposiciones de motivos de la leyes, pero en el caso de la Constitución no existe exposición de motivos, por lo que debemos considerar en su lugar el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, para que nos aclare la finalidad que se persiguió con el artículo 46 de la Constitución.

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se discutió mucho acerca de los alcances del Artículo 47 del Proyecto de la Constitución (hoy es el artículo 46 de la Constitución). Por un lado se dijo que el término *Derecho interno* no podía incluir a la Constitución porque ésta es la Ley Fundamental y ninguna norma ni tratado puede contravenirla. Por otro lado se consideró que dicho término sí incluye a la Constitución y, atendiendo al Derecho constitucional contemporáneo, se expresó que de no ser así, los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala a la fecha (por ejemplo, la Convención Americana) se convertirían en nugatorios y no podría recurrirse a ellos. Esto vendría a violar la norma establecida en el artículo 44 del texto constitucional, la cual establece que los derechos contemplados en él no excluyen otros que son inherentes a la persona humana. También se dijo que esto impediría que esta materia se fuera desarrollando y ampliando en beneficio de todos los miembros de la sociedad, en otras palabras, se estaría cerrando la puerta al avance en materia de derechos humanos.[42]

En mi opinión, este último argumento carece de validez ya que, si dichos instrumentos internacionales pretenden aumentar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, en ningún caso la estarían contrariando y, por lo tanto, sus normas no serían inaplicables ni nugatorias. A pesar de esto y luego de un estudio del mencionado Diario de Sesiones, creo que son más fundamentadas las razones aducidas por los constituyentes que afirmaron que el término *Derecho interno* sí incluye a la Constitución.[43]

Otros argumentos que se esgrimen en favor de la inclusión de la Constitución dentro del término *Derecho interno* son los siguientes:

a- La Constitución es la norma primaria de nuestro *Derecho interno*, por lo tanto, se encuadra dentro de él.

b- La misma Constitución es la que contempla esta supremacía de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, en consecuencia no se está violando a sí misma sino que se está autolimitando.

42 Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, 29 de enero de 1985. Nº 33:34-36.

43 Esto es en el caso de que el artículo 46 no se interprete como lo establece la Ley del Organismo Judicial, es decir, de acuerdo con la finalidad y espíritu de la norma, ya que según esta interpretación se concluye que el término '*Derecho interno*' no incluye ni excluye a la Constitución porque no habría conflicto.

c- El artículo 44 de la Constitución establece claramente que la enumeración de los derechos humanos no excluye a los demás que puedan surgir de otras fuentes, por lo que se entiende que la misma Constitución está permitiendo que sean amparados por otras normas jurídicas otros derechos que ella no haya contemplado. La Constitución es la única que enumera derechos humanos, por lo que el único punto de comparación que tendría respecto a materia de derechos humanos sería con los instrumentos internacionales.

d- En el ámbito internacional rige el principio de que ningún país puede eludir el cumplimiento de las obligaciones internacionales alegando que existe una norma de Derecho interno que lo impide. Cuando un Estado adquiere compromisos a nivel internacional, está obligándose también a conformar su orden interno con dichos compromisos. Este principio ha sido declarado por tribunales internacionales y, en consecuencia, puede compelerse a un Estado para que cumpla con sus obligaciones. En nuestra legislación interna está contenido en el artículo 149 de la Constitución.

e- Actualmente, la globalización ha flexibilizado enormemente el Derecho internacional y el Derecho constitucional de los Estados. Además, la tendencia actual va dirigida a la internacionalización y universalización de los derechos humanos, por lo que se le está dando mucha importancia a los instrumentos internacionales referentes a esta materia.

f- Con los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, son los individuos miembros de una nación los que adquieren derechos respecto del Estado, consistentes en la garantía de que sus derechos fundamentales serán respetados en todos los Estados que hayan ratificado el tratado. Siendo el sujeto pasivo de la relación el propio Estado y no los particulares, son de categoría distinta estos tratados, lo que permite que se les considere superiores a la Constitución.

g- La *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad* es una ley constitucional que en su artículo 3 establece: 'Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el Derecho interno'. Asimismo, en su artículo 114 establece: 'Jerarquía de las leyes. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala'. Como podemos ver estas normas son muy claras en cuanto a la inclusión de la Constitución dentro del término *Derecho interno*. Con estas disposiciones se pretendía dar supremacía a los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos sobre la Constitución para aquellos supuestos casos en que dichas normas jurídicas entraran en conflicto. Sin embargo, como expuse anteriormente, esto nunca sucedería ya que, en todo caso, los instrumentos internacionales sólo vendrían a *desarrollar* nuestra Constitución.

El contenido de los artículos 3 y 114 de la Ley de Amparo mencionados es de gran importancia porque *la misma Asamblea Nacional Constituyente que sancionó la Constitución fue la que promulgó esta Ley de Amparo, que es una ley constitucional.* En esta ley queda plasmada la voluntad de los constituyentes respecto a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que también fue objeto de estudio el Diario de Sesiones de la misma.[44]

De todas formas no debemos olvidar que la Ley de Amparo a pesar de ser una ley constitucional, está por debajo de la Constitución, por lo que es discutible si es válida la limitación que hace de la misma respecto a los instrumentos internacionales.

h- También el artículo 9 de la *Ley del Organismo Judicial* aclara este punto al establecer: 'Supremacía de la Constitución. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier otra ley, o tratado internacional, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos ratificados por Guatemala, que tienen prevalencia sobre el Derecho interno [...]'

44 Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, 17 de diciembre de 1985, Nº 147:17-19.

Ahora bien, los que se oponen a la inclusión de la Constitución dentro del término *Derecho interno* aducen que:

a- Los tratados, al ser ratificados por Guatemala, adquieren categoría de ley ordinaria, o por lo menos categoría inferior a la constitucional y, en consecuencia, están sujetos a respetar el principio de Primacía Constitucional que establece el artículo 175 de la Constitución: 'Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure [...]' y el artículo 204 de la misma: 'Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la *Constitución de la República* prevalece sobre cualquier ley o tratado'.

El objetivo del principio de Primacía Constitucional es garantizar a los individuos la protección de sus derechos mediante la limitación impuesta a los poderes constituidos, por virtud de la Constitución. Esta los obliga a que encuadren su actuación dentro del marco legal por ella creado.

Este principio, dentro del enfoque de *conflicto de normas* que le estamos dando al artículo 46 de la Constitución, deja de ser absoluto, sin embargo, no debe entenderse como una restricción del mismo, sino como una garantía más para la protección de los derechos humanos. Además, es la misma Constitución la que contempla esta posibilidad, siendo una forma de autolimitación.

En mi opinión para la aplicación del artículo 46 no entra a funcionar el principio de primacía constitucional, ya que, de acuerdo con lo que expuse anteriormente, no se estaría en la situación de *contrariar, violar o tergiversar* los mandatos constitucionales que establece el artículo 175 de la Constitución. Al contrario, los instrumentos internacionales estarían desarrollando o ampliando los mandatos constitucionales; por lo tanto, el principio de primacía constitucional no estaría siendo afectado ni dejaría de ser absoluto.

En cuanto al contenido del artículo 204 citado, podemos decir que esa es la regla general de aplicación, sin embargo, el caso de los tratados en materia de derechos humanos sería la excepción. Además, una norma constitucional no puede ser interpretada *aisladamente* siempre debe tomarse en cuenta el *conjunto de la normativa legal* para darle el correcto sentido a cada disposición. De lo contrario se estaría haciendo prevalecer la norma contenida en los artículos 175 y 204 frente a todas las normas mencionadas anteriormente referentes a la misma materia.

Si se cree que esto da lugar a una antinomia, habría ésta de resolverse de acuerdo con el artículo 10 de la *Ley del Organismo Judicial*, es decir, de acuerdo con las disposiciones constitucionales en su conjunto, con lo que se concluiría que los tratados y convenciones en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala sí tienen preeminencia sobre la Constitución, fundamentándonos en todo lo expuesto anteriormente.

Además, el artículo 149 de la Constitución establece que el Estado debe cumplir con los principios generales del Derecho internacional y uno de esos principios, quizás el más importante, es el de *pacta sunt servanda*. En otras palabras, los tratados internacionales no tendrían carácter de ley ordinaria, ya que eso implicaría que los mismos podrían ser modificados por leyes posteriores, lo que violaría uno de los más elementales principios de Derecho internacional y, con ello, la propia Constitución.

b- Otro argumento que se esgrime contra la inclusión de la Constitución dentro del término *Derecho interno* en el sentido que le da el artículo 46 de la Constitución, es que se estaría atentando contra la soberanía estatal. En relación con esto hay que tomar en cuenta que en la actualidad el concepto de soberanía está en crisis, está sufriendo una apertura con los derechos humanos, adquiriendo matices relativos, en pro de un ordenamiento jurídico más armonioso. Lo que antes se consideraba materia de dominio reservado para cada Estado, hoy ha pasado a ser parte del Derecho internacional, en aras de una mayor protección del individuo frente a su Estado. De esta forma se ha ampliado la competencia del Derecho internacional.

El concepto de soberanía se ve limitado, en el orden interno, por los derechos de cada persona, y la Comunidad Internacional se erige en un ente protector de los derechos humanos. Esto es algo a lo que ya ningún Estado se opone.

De manera que ya no es el Estado el único encargado de procurar la protección de sus nacionales sino que, la Comunidad Internacional protege al individuo frente a su propio Estado. Por otro lado, es una autolimitación, y como tal, lejos de atentar contra la soberanía, la refuerza, ya que pone en evidencia el poder que tiene el Estado de disponer de sí mismo.

c- También se aduce que, con esta interpretación del artículo 46 de la Constitución, se estaría otorgando al Congreso de la República *poder de reforma constitucional* debido a que siendo el órgano facultado para aprobar tratados internacionales, podría por medio de éstos modificar disposiciones establecidas en la Constitución.

En todo caso sería un poder de reforma constitucional *limitado*, ya que en ningún momento podría el Congreso restringir los derechos humanos, al contrario, sólo podría ampliarlos. Es la misma Constitución la que proporciona esta posibilidad.

Desde mi punto de vista no estaríamos en presencia de una reforma constitucional sino de una situación de *desarrollo o ampliación de los derechos constitucionales, perfectamente compatible con nuestra Carta Magna.*

d- Finalmente, se argumenta que el artículo 272 de la Constitución en su inciso e), establece como función de la Corte de Constitucionalidad 'emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado' y que, por lo tanto, los tratados en todo momento estarían sujetos a pasar un examen de constitucionalidad. Esta función de la Corte de Constitucionalidad constituye una garantía frente a todos aquellos tratados que tiendan a violar o tergiversar los mandatos constitucionales y, más específicamente, que 'disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza'.[45]

En virtud de lo expresado, un tratado internacional que venga a ampliar y superar los derechos que la Constitución establece, saldría airoso de dicho examen. No puede concebirse que un tratado de esa naturaleza esté contrariando la Constitución, sino que más bien la está acatando, encuadrándose en la situación prevista por la misma al expresar: 'Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana'.[46] Esta norma deja abierta la posibilidad de nueva normativa que tienda a ampliar los derechos contenidos en la Constitución.

Para la interpretación constitucional es muy difícil que se aplique un solo método de interpretación, generalmente éstos se combinan. Es por ello que en este apartado hice alusión a los métodos que deben seguirse para la interpretación de la norma constitucional en cuestión, es decir, el semántico, el sistemático y el teleológico, así como a las conclusiones a que se llega en virtud de cada uno de estos sistemas.

Para aquellos raros casos en que se dé un conflicto, no debe aplicarse un sistema simplista que únicamente compara ambas normas y, al establecer que no dicen lo mismo, inmediatamente se dictamina que es o no constitucional. Más que acudir a la simple jerarquía de leyes debe hacerse un análisis más profundo; determinar si existe una justificación de tal magnitud que amerite el limitar un Derecho constitucional. Dicha legitimación debe ser más poderosa en cuanto más se acerque y limite el Derecho constitucional de que se trate.

Con base en todo lo expuesto, estimo que el espíritu que se le quiso dar al término *Derecho interno* dentro del artículo 46 de la Constitución, siguiendo el enfoque de *solución de conflicto de normas* que generalmente se le ha dado, y al que me estoy refiriendo en este apartado, es que sí incluye a la misma Constitución. De esa manera se quiso demostrar la voluntad política guatemalteca de respetar y defender los derechos humanos, en un momento en que Guatemala iba saliendo de uno de los negros pasajes de su historia, la dictadura militar. Se quiso dar una nueva imagen de nuestro país ante la Comunidad Internacional, comprometiéndose el Estado al cumplimiento principal de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aún por encima de la Constitución.

Sin embargo, no se tomó en cuenta que nuestra Constitución en todo su texto y, principalmente, en el

45 *Constitucion Politica de la República de Guatemala* de 1985, artículo 44.
46 *Idem.*

artículo 44 ya contemplaba la posibilidad de ver superado el catálogo de derechos fundamentales mínimos que establecía. Por lo tanto, se torna innecesaria la existencia del artículo 46 que sólo ha provocado confusión entre los estudiosos y encargados de aplicarla.

2.6 Interpretación judicial del artículo 46 de la Constitución

El artículo 46 de la Constitución ha sido objeto de interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad, debido a que fue acogido como arma defensora por parte del General Efraín Ríos Montt con el objeto de lograr su inscripción como candidato presidencial. Lo hizo mediante el planteamiento de la acción de amparocuando dicha inscripción le fue denegada por el Registro de Ciudadanos y posteriormente por el Tribunal Supremo Electoral.

Esto dio lugar a que surgiera nuevamente el conflicto existente en la interpretación del artículo en mención, y se puso en evidencia que ni siquiera el más alto tribunal judicial de nuestro país: la Corte Suprema de Justicia, ni el órgano encargado de la defensa de la Constitución: la Corte de Constitucionalidad, ostentan un criterio uniforme en cuanto al significado y alcances del artículo 46 de la Constitución. En lo único que coinciden es en interpretar dicho artículo partiendo de la base del *conflicto* entre normas de Derecho internacional en materia de derechos humanos y la Constitución Política de la República, y, por lo tanto, su interpretación del artículo se orientó únicamente a la determinación de si el término Derecho interno incluye o no a la Constitución.

A continuación expongo un resumen de cada una de las sentencias de ambas Cortes, mediante las cuales se resolvieron, primero, la acción de amparo planteada en primera instancia ante la Corte Suprema de Justicia y segundo, la apelación de dicha sentencia ante la Corte de Constitucionalidad. Luego procederé al análisis de dichos fallos.

2.6.1 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (12 de octubre de 1990)

El 7 de septiembre de 1990 se planteó una acción de amparo por los partidos políticos: Partido Institucional Democrático (PID), Frente de Unidad Nacional (FUN), y Frente Republicano Guatemalteco (FRG), por medio de sus Secretarios Generales Oscar Humberto Rivas García, Gabriel Girón Ortiz y Berna Rolando Méndez Mora. Este amparo fue planteado contra del Tribunal Supremo Electoral por la resolución 171-90 dictada por éste el 3 de septiembre de 1990, dentro del expediente 1309.

El amparo fue motivado porque el Registro de Ciudadanos mediante la resolución número DGRCR-002-90 del 22 de agosto de 1990 denegó la inscripción de planillas de candidatos para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, y diputados a las entidades solicitantes, argumentando que el postulado para el cargo de Presidente, General José Efraín Ríos Montt, adolece de una causal de ineligibilidad contenida en el inciso a) del artículo 186 de la Constitución.

Contra esta resolución se agotaron los recursos de nulidad y revisión ante el Tribunal Supremo Electoral, el cual mediante la resolución 171-90 del 3 de septiembre de 1990, confirmó la resolución del Registro de Ciudadanos, y es esta resolución del Tribunal Supremo Electoral la materia objeto del amparo, para que se deje en suspenso la resolución 171-90, se restablezca en sus derechos a los partidos accionantes y a los candidatos postulados, y que se ordene la inscripción de las candidaturas propuestas.

En el amparo se aceptaron las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión, y dentro de éstas se encuentra *que es de público conocimiento que el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y dos, se produjo el golpe de Estado 'que derrocó al gobierno constitucional [...] y que trajo como consecuencia directa que el General de Brigada José Efraín Ríos Montt asumiera primero el cargo de Presidente de la Junta Militar de Gobierno y después correlativamente se le proclamara y reconociera como Presidente de la República de Guatemala y Comandante General del Ejército, mediante sendas proclamas del Ejército al Pueblo de Guatemala'.*

El tribunal decretó amparo provisional.

* *Fundamento de derecho alegado por los solicitantes*

a- Violación a los derechos a los partidos políticos contenidos en los artículos 20 inciso a) y 194 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos consistentes en postular candidatos.

b- Violación a los derechos de los candidatos.
c- Violación al derecho de seguridad jurídica (Art.2 de la Constitución).
d- Violación al Debido Proceso.
e- Violación al artículo 15 de la Constitución que se refiere a la irretroactividad de la ley, ya que según los solicitantes *'se está aplicando la norma en el presente, pero fundándose en hechos acaecidos en el pasado [...] en aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por ley anterior, la realización de esa conducta constituirá el ejercicio de un hecho adquirido, emanando de la ausencia de una ley reguladora, pues dentro de un régimen de legalidad, todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades, está permitido por el sistema legal'*.
f- Violación a los artículos 23 de la Convención Americana sobre derechos humanos, 44 y 46 de la Constitución.
- En el artículo 23 de la Convención se contemplan los derechos políticos, los cuales según los solicitantes del amparo no pueden verse limitados por razones de cargo o situación, como las contenidas en el artículo 186 inciso a) de la Constitución.
- En cuanto al artículo 46 de la Constitución: *'En la redacción de la actual Constitución, el propio Poder Constituyente se autolimitó, al darle preeminencia a los Tratados y Convenciones en materia de derechos humanos sobre el Derecho interno, y el Derecho interno incluye a la propia Constitución [...] Con esta autolimitación, se ensanchó el ámbito de los derechos humanos, llegando a variar la jerarquía de la norma constitucional'*.
g- Violación a los artículos 136, 141 y 175 de la Constitución, que regulan el derecho de elegir y ser electo, de no subordinación entre los Organismos del Estado, y la nulidad ipso iure de las leyes que violen la Constitución.
h- El artículo 278 de la Constitución que establece la mecánica para reformar lo referente a derechos humanos, pues, según los solicitantes, con la interpretación que se hizo del artículo 46 de la Constitución al afirmar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son de naturaleza ordinaria, modificaron o derogaron dicho artículo. Asimismo afirman que se ignoró el artículo 3 y 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.

* *Estimación del tribunal*

En cuanto a las violaciones de fondo a los derechos políticos:
a- La Corte estimó que si bien los derechos políticos son de la categoría de derechos humanos, únicamente corresponden a los ciudadanos, y la ciudadanía es un status reconocido por la ley y, por consiguiente, sujeto a reglamentaciones, por lo tanto, los derechos políticos no son absolutos.
b- En cuanto a la violación del derecho de ser electo del general Efraín Ríos Montt la Corte estimó lo siguiente:
respecto a que se está aplicando una limitante por razón de cargo o situación, no contemplada en convenciones y tratados sobre derechos humanos ratificados por Guatemala, la Corte argumentó: *'si bien en materia de derechos humanos los Tratados y Convenciones Internacionales prevalecen sobre todo el Derecho interno, inclusive la Constitución, al analizar la denuncia que antecede se aprecia que el artículo 23 de la Convención Americana sobre derechos humanos en su numeral 2, establece que el ejercicio de los Derechos Políticos de **todos los ciudadanos**, exclusivamente se puede limitar por las razones en él contempladas. La Constitución de Guatemala cuando establece en su artículo 185, los requisitos que para optar al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República deben satisfacer **todos los ciudadanos**, no sólo acata dicha norma, sino que aún es menos limitante. A su vez, el artículo 32 de la misma Convención, en su numeral 2, establece: 'Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad jurídica de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática'. De manera igual consagra la Declaración Universal de derechos humanos en su Artículo 29. Es dentro de este contexto, que el artículo 186 inciso a) de la Constitución, establece limitaciones al ejercicio de los Derechos Políticos de algunas personas y para ciertos puestos, para preservar y garantizar el derecho de los guatemaltecos de vivir en una sociedad democrática, imponiendo esas limitaciones a quienes hayan atentado contra ella. La diferencia estriba en que, lo que el artículo 23 de la Convención prohibe es reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, agregando algún requisito de aplicación general, como, por ejemplo,*

una limitación por razones de raza, sexo u otra semejante; situación que como ya se dijo, no es el caso de la prohibición contenida en el artículo 186 inciso a), pues ésta es aplicable únicamente a determinadas personas y sólo para dos puestos: Presidente o Vicepresidente'.

En consecuencia, la Corte informó que el derecho de ser electo del General Efraín Ríos Montt sólo está limitado en forma parcial, pero no absoluta, siendo esta limitación admisible por la misma Convención en su artículo 23.

c- En cuanto a la aplicación retroactiva de la ley, la Corte estableció que la norma contenida en el artículo 186 inciso a) consta de dos partes: en la primera está la prohibición, y dice 'No PODRAN optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República' y la segunda parte es donde se indica quiénes están dentro de esta prohibición, por lo tanto, en dicha norma se regulan quiénes PODRAN O NO PODRAN optar a dichos cargos, refiriéndose a opciones que se ejerzan en el futuro, es decir, después de entrar en vigor la Constitución de 1985.

En el inciso a) del artículo se impone la prohibición para quienes en el momento de ejercitar el derecho de optar, estén en determinada SITUACION, es decir, la de caudillo o jefe de un golpe de Estado que haya alterado el orden constitucional, o que como consecuencia de tales hechos, asuman la jefatura de gobierno, *sin importar el momento que se haya adquirido tal situación.* En consecuencia, no se está aplicando un norma que nació a la vida jurídica en 1986 apoyándola en un hecho generador anterior a esa fecha.

Según la Corte sólo merecen el calificativo de retroactivas, aquellas leyes que vuelven sobre los efectos ya cumplidos bajo imperio de una ley anterior. Son normas de aplicación inmediata aquéllas que rigen los efectos posteriores a su sanción, aunque sean derivadas de una relación o situación jurídica constituida o adquirida con anterioridad. *'La Constitución de la República, como ya se ha sostenido por esta Corte, es una ley de aplicación inmediata'.*

** Pronunciamiento*

Se denegó el amparo solicitado por improcedente y se revocó el amparo provisional decretado.

** Análisis*

Del análisis del artículo 46 de la *Constitución de la República* que hace la Corte Suprema de Justicia, se desprende que ésta considera que el término *Derecho interno* incluye a la Constitución, y que, por ende, los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre la misma. Para llevar a cabo su tarea interpretativa, la Corte no aplicó los métodos de interpretación aisladamente sino que hizo una combinación de los mismos.

Aplicó el *método semántico* (gramatical) para determinar el sentido propio de las palabras, ya que las leyes deben interpretarse en su sentido literal, siempre tomando en cuenta el resto del ordenamiento jurídico con el que tengan conexión. Para esto hizo uso del *método sistemático*, informando la interpretación del artículo 46 con principios contenidos en otras normas del mismo texto, e incluso de su mismo preámbulo. También se tomó en cuenta la significación y alcance de la norma jurídica, buscándose la finalidad y espíritu de la norma jurídica, es decir que se utilizó el *método teleológico.*

Me parece correcta la argumentación de la Corte en cuanto a que si bien es cierto que los tratados en materia de derechos humanos prevalecen sobre la Constitución, en este caso específico la misma Convención contempla la posibilidad de que el ejercicio de los derechos políticos tenga ciertas limitantes, según el artículo 23 de la misma. Es fundamental la norma establecida por dicha Convención, en su artículo 32, acerca de que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la *seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.* Básicamente la Corte utilizó el mismo criterio que la Comisión Interamericana de derechos humanos, en cuanto a que la Convención no es autoejecutable y, por ende, la legislación interna es la encargada de reglamentarla, y puede hacerlo mientras no contradiga o desvirtúe el espíritu de la misma.

No debe malentenderse ni abusarse del hecho de que una norma internacional en materia de derechos humanos otorgue mayores garantías a las personas, en el sentido de creer que esto abre la puerta para proteger y dejar impunes a personas que han transgredido la ley y que, peor aún, han roto el ordenamiento institucional y jurídico de un país y así atentado contra las bases de la sociedad democrática.

En cuanto a la supuesta aplicación retroactiva del artículo 186 inciso a) de la Constitución estimo que la Corte también ofrece una explicación muy atinada, ya que como bien lo establece, solamente son retroactivas aquellas leyes que vuelven sobre *los efectos ya cumplidos bajo imperio de una ley anterior*, y en el presente caso se está dando una situación nueva, el hecho que se está regulando es el de la inscripción para optar al cargo de Presidente o Vicepresidente. La prohibición va hacia el futuro, rige a partir de la entrada en vigor de la Constitución, es decir, del 14 de enero de 1986, por lo tanto, no se está afectando ninguna situación jurídica ya adquirida, ya que el general Ríos Montt era golpista antes y sigue siéndolo después de la entrada en vigor de la Constitución de 1985. No tendría objeto que la limitante se estableciera para futuros golpistas porque en esos casos, la Carta Magna pierde vigencia por haberse atentado contra el régimen de constitucionalidad.

Es clara la intención de los constituyentes de impedir que los caudillos o jefes de golpes de Estado, así como a aquellas personas que como consecuencia de tales hechos asuman el poder, accedan a la dirección de la Nación como una forma de castigo a sus acciones ilegales. Estamos en presencia de una aplicación inmediata de la norma jurídica.

Si se acepta que dicha norma tiene carácter retroactivo, caemos en el absurdo de admitir que normas similares, como, por ejemplo, la contenida en el artículo 187 de la Constitución que establece la prohibición de reelección[47] tiene también carácter retroactivo y que, en consecuencia, no puede aplicarse a personas que antes de la entrada en vigencia de la Constitución (14 de enero de 1986) hubieren detentado el poder.

Considero oportuno señalar lo que correctamente adujo la Corte de Constitucionalidad al respecto en la Opinión Consultiva del 16 de noviembre de 1989, solicitada por el Congreso de la República: '*se entiende que no es razón solamente de haber ejercido un gobierno de facto, consecuencia de una alteración del orden constitucional, sino, por contexto, porque la misma prohibición se extiende, de conformidad con el artículo 187, a 'la persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años en sustitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso'. En esta hipótesis, de no ser suficiente el sentido formal del texto, operaría el principio de interpretación* bona fide *de la Constitución, que no admite considerar que los Constituyentes, expresiones de la soberanía, hubiesen querido algo absurdo, como sería la de prohibir una nueva opción a la Presidencia de la República a quien la haya desempeñado,* 'durante cualquier tiempo... por elección popular', *esto es por legitimidad constitucional, y en cambio la hubiesen dejado habilitada para quienes la detentaron de hecho'.*

En cuanto a lo dicho por los solicitantes acerca de que '*en aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por ley anterior, la realización de esa conducta constituirá el ejercicio de un hecho adquirido, emanando de la ausencia de una ley reguladora, pues dentro de un régimen de legalidad, todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades, está permitido por el sistema legal*', estimo que carece totalmente de validez, ya que la Constitución de 1965 en su artículo 184 establecía: 'No podrán ser electos para el cargo de Presidente de la República: 1º El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que altere el orden que esta Constitución establece, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura del Estado, para el período durante el cual se hubiere interrumpido el régimen constitucional, ni el siguiente'. Como podemos ver en dicha Constitución ya figuraba la prohibición, y si según los solicitantes, la conducta del gobernado no estaba normada, se debía a que ellos mismos suspendieron la vigencia de la Constitución de 1965 como consecuencia del golpe de Estado de 1982. Además, aún en el caso de que la Constitución de 1965 no contemplara expresamente la prohibición de dar golpes de Estado o destruir el orden institucional del país, no podríamos suponer que sí lo permitía.

Constituye un principio fundamental, que no necesita estar expresamente plasmado en un documento, el que exige el respeto al régimen de consti-

47 Artículo 187 de la *Constitución*: 'Prohibición de reelección. La persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años en sustitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso [...]'.

tucionalidad y legalidad de un país y, por ende, la prohibición de atentar contra él o destruirlo.

2.6.2 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (18 de octubre de 1990). Expediente 280-90. Apelación de sentencia de amparo

El 3 de septiembre de 1990 el Tribunal Supremo Electoral declaró sin lugar el recurso de revisión planteado por el personero de la coalición formada por los partidos políticos PID, FUN y FRG, es decir, por Oscar Humberto Rivas García, en virtud de la resolución 171-90 del expediente 1309.

El 7 de septiembre de 1990 se interpuso un amparo contra del Tribunal Supremo Electoral ante la Corte Suprema de Justicia.

** Violación que se denuncia*

Derechos a la seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de defensa, incluyendo garantías de audiencia y debido proceso, de juez y tribunal competente, de elegir y ser electo, de optar a cargos públicos y tener acceso a las funciones públicas del país, derecho de los partidos políticos de postular candidatos a cargos de elección popular, a principios de irretroactividad de la ley, *de preeminencia en materia de derechos humanos de los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala sobre el Derecho interno, inclusive la Constitución*, no subordinación entre los organismos del Estado.

** Hechos que motivan el amparo*

El 22 de agosto de 1990 la Dirección General del Registro de Ciudadanos mediante resolución DGRC guión 002-90 no accedió a la solicitud de inscripción de candidatos a Presidente, Vicepresidente, Diputados al Congreso por lista nacional y Diputados al Parlamento Centroamericano presentada por los partidos indicados por lo siguiente: a) existir evidencias contra la declaración jurada presentada por Ríos Montt puesto que éste sí asumió y desempeñó la Jefatura de Gobierno del 23-3-82 al 8-8-93, por lo que se encuentra dentro de la prohibición establecida por el Artículo 186 inciso a) de la Constitución. La prohibición es de *inelegibilidad* y no de *incompatibilidad*, y que la opción a los cargos de Presidente y Vicepresidente se materializa al aceptar la proclamación como tal, pero se *formaliza* al solicitar la inscripción. *b) los tratados internacionales sobre derechos humanos son normas de naturaleza ordinaria que jamás pueden ser superiores a la Constitución a pesar de que ésta admite su preeminencia sobre el Derecho interno.*

Se otorgó el amparo provisional.

** Sentencia en primer grado*

En virtud de un análisis que se hizo de todos los argumentos de los solicitantes, el amparo se denegó por improcedente y se revocó el amparo provisional otorgado.

** De la apelación*

La Corte de Constitucionalidad al conocer de la apelación de este amparo consideró: a) que está comprobado que Ríos Montt rompió el orden constitucional el 23-3-82 y que asumió la Presidencia, por lo que le son aplicables las causas de inelegibilidad del artículo 186 inciso a) de la Constitución y como consecuencia de ello, no puede optar al cargo de Presidente. b) En cuanto a que la Constitución contraviene el art. 23 1 b) y c) y 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos, establece la Corte que no la contraviene, y en segundo lugar que *la Convención no tiene preeminencia sobre la Constitución Política de la República. Dice que la Constitución debe interpretarse en su conjunto, ninguna disposición debe ser interpretada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. El hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto. Nunca tendrían potestad reformadora y menos derogatoria por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución. Este ingreso se daría no por vía de su artículo 46 sino, en consonancia con el artículo 2 de la Convención, por el artículo 44 de la Constitución.*

Según la Corte, el artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si entrare

en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio. Esto provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición de que únicamente el poder constituyente o el refrendo popular tienen facultad reformadora de la Constitución.

Si hay compatibilidad entre una y otra no hay problema, ya que hay armonía y, por lo tanto, está de acuerdo al artículo 44. El poder político no podría contravenirla en virtud de que está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, ya que el poder del Presidente de celebrar tratados está condicionado a que éstos no contraríen la Constitución.

Respecto al argumento de que el Estado no puede eludir sus obligaciones internacionales alegando contravenir su Derecho interno, la Corte consideró que este no es el caso, ya que no existe contradicción entre la norma internacional y la norma interna. Además, es una cuestión de soberanía política el establecer las condiciones habilitantes para el ejercicio de determinados cargos y que, en este caso en particular, tienden dichas condiciones a la protección del principio de autenticidad electoral y de efectividad de la autodefensa de la Constitución.

Con excepción de las cuestiones señaladas anteriormente, la sentencia recurrida fue declarada apegada a derecho y, por tanto, fue confirmada.

* *Análisis*

La Corte de Constitucionalidad correctamente estableció que no existe contraposición entre las disposiciones de la Convención Americana sobre derechos humanos y la Constitución de Guatemala, ya que el artículo 186 de la Constitución establece condiciones habilitantes para acceder a ciertos cargos públicos, materia que concierne a la soberanía política de un Estado, sobre todo con el objeto de defender el orden constitucional. Además, la misma Convención Americana sobre derechos humanos permite que existan limitaciones al ejercicio de cargos públicos.

A mi entender la disposición contenida en el artículo 23 de la Convención Americana sobre derechos humanos es otro ejemplo de norma no autoejecutable, ya que únicamente establece ciertos límites a la reglamentación que, dentro de cada país, se haga respecto al ejercicio de determinados cargos públicos. Por lo tanto la misma Convención Americana sobre derechos humanos está reconociendo la facultad que tiene todo Estado de reglamentar internamente dicha materia, tal y como lo hace la mayoría de Constituciones Políticas latinoamericanas.

Ahora bien, respecto al artículo 46 de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad opina que el *Derecho interno* no incluye a la Constitución, argumentando que '*la Constitución debe interpretarse en su conjunto, ninguna disposición debe ser interpretada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto*'. Con esta idea se podría decir que para interpretar el artículo 46 de la Constitución la Corte utilizó el método sistemático, que establece que el conjunto de una ley sirve para ilustrar el contenido de cada una de sus partes. Sin embargo, si utilizamos este método de interpretación, la conclusión a la que llegamos es muy distinta a la que llegó la Corte, ya que nos vemos obligados a establecer relación entre el artículo 46 de la Constitución y una serie de normas, empezando por el preámbulo del texto constitucional que establece que se promulgó la Constitución Política de la República de Guatemala 'afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social [...] decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable [...]'. Con el artículo 1 de la Constitución que establece la 'Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común'. Con el artículo 2 que establece 'Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona'.

Asimismo, en los artículos 3 y 4 se establece la garantía que el Estado debe prestar para la protección de estos derechos. En el artículo 44 donde encontramos los 'Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza'. Es decir, que nos abre la puerta para el nacimiento de nueva normativa

jurídica que desarrolle más la materia de los derechos humanos ampliándolos o facilitando su vigencia.

De esta manera concluiríamos que en el artículo 46 de la Constitución el término *Derecho interno* sí incluye a la misma Constitución, y está en completa armonía con el resto de la normativa constitucional, conclusión contraria a la que llega la Corte.

También argumenta la Corte que el artículo 46 sólo es una muestra del *'reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto'*. La Corte no toma en cuenta que aún al otorgársele jerarquía superior a la constitucional al conjunto de normas internacionales que tiendan a mejorar o ampliar los derechos humanos que la misma Constitución reconoce, estará concordando con el conjunto constituido por la normativa constitucional, ya que ésta ha dejado abiertas las puertas para la posibilidad de eventual desarrollo y superación de los derechos fundamentales contemplados por la misma.

Con esta disposición contenida en el artículo 46 se quiere garantizar la materia referente a los derechos humanos de la posible lesión y restricción que puedan sufrir como consecuencia de los altibajos que se den dentro del Derecho interno guatemalteco.

Respecto al argumento de que no se le puede otorgar a los tratados y convenios internacionales potestad reformadora y menos derogatoria sobre los preceptos constitucionales en los casos de contradicción con dichas normas, sostengo la posición de que las normas internacionales que tiendan a mejorar o ampliar los derechos humanos que la misma Constitución reconoce no vendrían a contradecirla y, por lo tanto, no la estarían reformando ni derogando, sino que *ampliándola y desarrollándola*, tal como la misma lo prevé en el articulado mencionado anteriormente. Ahora bien, si se insiste en que se le otorga al Congreso de la República un poder de reforma constitucional por considerar que la ampliación y desarrollo de la Constitución constituyen reformas a la misma, entonces habría que considerar que en todo caso sería un poder de reforma constitucional *limitado*, ya que en ningún momento podría el Congreso restringir los derechos humanos, sólo podría ampliarlos. Esto es posible gracias a que es la misma Constitución la que proporciona esta posibilidad.

Considero oportuno citar a continuación los pasajes más relevantes, para este punto, de la *decisión tomada por la Comisión Interamericana de derechos humanos*, respecto a este mismo caso y que le fuera presentado por el General Efraín Ríos Montt, luego del fallo de la Corte de Constitucionalidad.

La decisión es de fecha 12 de octubre de 1993, y se enfocó a la pregunta de si *es consistente con el artículo 23 de la Convención la condición de inelegibilidad permanente que establece la Constitución de Guatemala en su artículo 186 respecto a los jefes de movimientos políticos que rompen el orden constitucional o asumen la Jefatura del Estado a raíz de los mismos?*

Para su análisis *'la Comisión debe considerar esta pregunta desde tres niveles: Primero la Convención en su conjunto y en sus relaciones con otros instrumentos principales del sistema interamericano. Segundo, el contexto del Derecho constitucional guatemalteco e internacional. Y finalmente, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas que constituyen y rodean la decisión del Gobierno de no aceptar la candidatura del señor Ríos Montt'*.

Respecto al primer aspecto la Comisión consideró relevante el análisis de otros instrumentos del sistema interamericano, por medio de los cuales se ha reafirmado el sistema democrático constitucional como base y objetivo de la acción del sistema y de sus Estados componentes.

Respecto al segundo aspecto, la Comisión estableció que la condición de inelegibilidad en cuestión aparece en una serie de Constituciones de Guatemala desde principios de siglo y, además, no es exclusiva de la tradición constitucional guatemalteca, sino que aparece en otras Constituciones centroamericanas. *'Más aún, toma en cuenta la Comisión que una de las raíces comunes de esa condición de inelegibilidad lo constituye el Tratado General de Paz y Amistad celebrado entre los gobiernos de las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica en 1923 por el cual las Partes Contratantes se obligaban a no reconocer a gobiernos de ninguna de las cinco repúblicas que surgieran por golpe de Estado o si alguna de las altas autoridades electas hubiera sido 'jefe o uno de los jefes del golpe de estado o de revolución, [...] sus consanguíneos, o quienes hubieran tenido alto mando militar inmediatamente antes o durante las mismas'. Establecía también dicho tratado el compromiso de incluir en sus Constituciones el principio de*

no-reelección. Estos principios de rechazo a la ruptura del orden constitucional, inhabilitación de sus líderes para altas, y no reelección, fueron adoptados por considerarse principios jurídicos de relación internacional y de defensa común de la consolidación democrática de la región [...] Queda así establecido que esta condición de inelegibilidad establecida por el artículo 186 de la Constitución de Guatemala es una norma constitucional consuetudinaria de firme tradición en la región centroamericana'.

Para determinar si la condición de inelegibilidad en cuestión tiene carácter discriminatorio, la Comisión hizo una comparación con la condición de inelegibilidad que se le aplica a las personas que hayan ejercido el poder ejecutivo por elección. En consecuencia consideró que *'tendríamos así prescripciones constitucionales por las que altos gobernantes elegidos democráticamente en elecciones no pueden ser reelectos, sea por algún período o de por vida. De considerar la Comisión que el artículo 186 establece una inelegibilidad inconsistente con la Convención, pondría en situación de privilegio a quienes rompen el orden constitucional con respecto a aquellos que acceden constitucional y democráticamente a las altas magistraturas de un país [...] El mismo razonamiento debe aplicarse al carácter permanente o de por vida de la inelegibilidad. Si es aceptable en el marco del Derecho constitucional que el Estado establezca constitucionalmente ese término para los Jefes de Estado elegidos democráticamente (Honduras, México, Colombia; citados), es perfectamente concebible que ese alcance temporal sea aplicado a quienes lideran la ruptura constitucional'.*

Más adelante establece la Comisión que *'estamos dentro de aquellas condiciones que posee todo sistema jurídico constitucional para hacer efectivo su funcionamiento, y para defender la integridad de los derechos de sus ciudadanos'*. En su parte resolutiva la Comisión decidió que la denuncia presentada por el General Efraín Ríos Montt era inadmisible por no constituir los hechos examinados una violación a los derechos reconocidos por la *Convención Americana sobre derechos humanos.*

Conclusión

La preeminencia del Derecho internacional en materia de derechos humanos es el tema estudiado en este trabajo de tesis, debido a la necesidad de una correcta interpretación de la normativa constitucional al respecto. El tema cobra importancia en la medida que todavía no se ha llegado a unificar criterios en cuanto a la interpretación de dicha materia. Incluso ofrece controversia en las opiniones y fallos judiciales, por lo que el objetivo del presente trabajo es aclarar ese oscuro panorama que se surge en esta materia.

La hipótesis planteada al iniciarse el trabajo fue si prevalece o no el Derecho internacional sobre el Derecho interno y aún sobre la Constitución en materia de derechos humanos. La sola pregunta supone ya un antagonismo, una contraposición entre el Derecho internacional por un lado y el Derecho interno y la Constitución por el otro. Se presume entonces que hay que decidir entre la aplicación de uno o del otro y que, por lo tanto, lo que importa es determinar qué jerarquía tienen entre sí. De esta manera el principio de jerarquía normativa vendría a resolver la interrogante del lugar que ocupa cada uno de los conjunto normativos dentro del ordenamiento jurídico del país. Y es en esta suposición de contradicción entre dos normativas legales que radica el error de interpretación, ya que no podemos adoptar como una premisa incuestionable la situación de conflicto del Derecho internacional frente al Derecho interno o bien frente a la Constitución, si se cree que ésta no es parte integral del Derecho interno.

El conflicto de leyes nace cuando hay *contradicción* entre dos normas jurídicas, pero no surge cuando una norma jurídica *desarrolla* el contenido de otra, ampliándola, sobre todo en una materia que está en continua evolución y desarrollo, como es el caso de los derechos humanos. Y es esto lo que sucede con todos los instrumentos internacionales y leyes internas en materia de derechos humanos que establecen nuevos derechos humanos o bien, amplían los ya consignados en nuestra Carta Magna: *desarrollan y amplían la Constitución.* Esto es perfectamente permisible porque la misma Constitución contempla la posibilidad de ser ampliada por otras normas. Por esta razón, para interpretar correctamente la normativa constitucional en materia de derechos humanos, debe dejarse por un lado la suposición de conflicto entre ésta y el Derecho internacional, ya que estaríamos partiendo de una premisa falsa.

Se puso de relieve en este trabajo la importancia que tiene la *Ley del Organismo Judicial* para la inter-

pretación de todo el ordenamiento jurídico guatemalteco, dentro del cual nuestra Carta Magna ocupa el primer lugar. La actual *Ley del Organismo Judicial* preceptúa en su artículo 1: 'Normas generales. Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco'. En virtud de esta norma legal los preceptos fundamentales tales como fuentes del ordenamiento jurídico guatemalteco, jerarquía normativa, ámbito de aplicación de la ley, sistemas de interpretación y aplicación de la ley, garantías procesales de la aplicación de la ley y limitaciones en el ejercicio de derechos, son de aplicación imperativa para todo el ordenamiento jurídico guatemalteco. Constituyen principios hermenéuticos que informan nuestro derecho y, por lo tanto, de observancia obligada en su manejo.

La norma contenida en el artículo 1 de la *Ley del Organismo Judicial* es novedosa y de repercusiones trascendentales, ya que eleva las normas del capítulo de Preceptos Fundamentales a un orden superior al del resto del ordenamiento jurídico del país. La misma Constitución Política de la República queda bajo el manto de aplicación de los Preceptos Fundamentales establecidos por la *Ley del Organismo Judicial* actual, y es por esto que para la interpretación constitucional, adoptamos como procedimiento el establecido en la *Ley del Organismo Judicial.*

La interpretación del artículo 46 de la Constitución, que es el que establece la preeminencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno en materia de derechos humanos, nos permite concluir que su único objetivo y finalidad es permitir la ampliación y desarrollo de los derechos humanos contenidos en la Constitución. Esta norma establece una jerarquía entre los tratados y convenciones en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala y el Derecho interno, lo cual presupone la existencia de conflicto entre ambos, ya que el principio de jerarquía normativa sólo opera en casos de conflicto. En consecuencia, se busca darle mayor jerarquía a los instrumentos internacionales en esta materia, con el único fin de permitir el desarrollo de los derechos humanos.

La legislación internacional, que por su propia naturaleza se encuentra por encima de las leyes ordinarias, nunca vendrá a contrariar a la Constitución si su contenido implica la ampliación de los derechos humanos, por lo que es innecesaria la existencia del artículo 46. Esto se confirma con la adopción de un método sistemático para interpretar la Constitución, con lo cual se concluye que existe ya suficiente normativa constitucional cuyo espíritu es proteger y desarrollar los derechos humanos y que, por lo tanto, permite la ampliación de los mismos sin necesidad de darles preeminencia sobre nuestra Carta Magna.

Para los casos en que un instrumento internacional implique restricción o disminución de los derechos fundamentales contemplados por la Constitución y las leyes, operaría el principio de primacía constitucional contenido en los artículos 175 y 204 de la Constitución.

Se hace énfasis en la trascendencia del artículo 44 de la Constitución que establece: 'Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza'. Esta disposición deja abierta la posibilidad de darle categoría constitucional a todas aquellas disposiciones que involucren protección a los derechos humanos, ya que es una materia regulada dentro de la misma Constitución. Asimismo, se establece la nulidad *ipso jure* que afectaría a todas aquellas normas que, en lugar de ampliar los derechos establecidos en la Constitución, tiendan a disminuirlos.

La situación contemplada en el artículo 44 es similar a la que se da en materia laboral, en donde lo que han hecho las disposiciones legales, internas e internacionales, hasta el momento, ha sido *desarrollar* los principios que la Constitución ya había establecido, ampliando y mejorando los derechos de los trabajadores. Para que estas normas sean aplicadas no ha sido necesario acudir al artículo 46 de la Constitución, han sido suficientes las contenidas en los artículos 102 y 106, que se refieren a la posibilidad de ampliación de los derechos laborales a través de normas internacionales e internas, e incluso se ha invocado el artículo 44 de nuestra Carta Magna.

En materia laboral también se ha aplicado el principio de 'aplicación de la norma más favorable en

Derecho laboral', en aquellos casos en que una situación es regulada por varias normas jurídicas. De esta manera queda excluido el principio de jerarquía de normas. Este criterio también debe ser adoptado en cuanto a la interpretación de normas en materia de derechos humanos en general, es decir, aplicar la norma más favorable al ser humano sin importar su jerarquía.

El artículo 44 de la Constitución no hace distinción en cuanto a orden jurídico interno u orden jurídico internacional, por lo que el establecimiento de los nuevos derechos o bien la superación de los ya establecidos puede provenir de ambos órdenes. Asimismo, tampoco hace diferenciación entre derecho escrito y Derecho no escrito, por lo que también puede ser fuente de nuevos derechos el Derecho internacional consuetudinario. Tal es el caso de las Declaraciones de derechos humanos, por ejemplo la Declaración Universal de derechos humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las cuales son de cumplimiento obligado para los Estados en el ámbito internacional.

Lastimosamente, hasta el momento, la discusión acerca de la supremacía del Derecho internacional en materia de derechos humanos se ha orientado únicamente a determinar si el término *Derecho interno* comprende también a la Constitución o no. Se ha tomado como premisa indiscutible la existencia de conflicto entre los instrumentos internacionales y el Derecho interno, sin comprenderse la verdadera relación e importancia que tiene el primero frente al segundo. Sin embargo, para aclarar la confusión que existe en cuanto a la interpretación de dicho término y, partiendo de la base del supuesto conflicto entre leyes, procedimos a analizarlo de acuerdo a los mecanismos que nos proporciona la *Ley del Organismo Judicial* para el efecto. Al respecto concluimos que, el término *Derecho interno* sí incluye a la misma Constitución, ya que se quiso dejar la puerta abierta al nacimiento de nueva normativa jurídica que desarrollara más la materia de los derechos humanos ampliándolos o facilitando su vigencia. Todo esto dentro del proceso de universalización de dicha materia que estamos viviendo y tomando en cuenta que sería imposible incluir dentro de la Constitución un catálogo de derechos humanos que los abarcara todos. Principalmente se quiso demostrar la voluntad política guatemalteca de respetar y defender los derechos humanos, en un momento en que Guatemala iba saliendo de una crisis política e institucional, comprometiéndose el Estado al cumplimiento principal de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aún por encima de la Constitución.

Con la inclusión de este artículo, no se tomó en cuenta que ya nuestra normativa constitucional, en todo su texto, contemplaba la posibilidad de ver superado el catálogo de derechos fundamentales mínimos que establecía, y por lo tanto era innecesaria la existencia de una norma como la contenida en el artículo 46 que sólo ha venido a provocar confusión.

En cuanto a la interpretación judicial del artículo 46 de la Constitución, se estableció que, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte de Constitucionalidad, interpretaron dicha norma tomando como base el supuesto conflicto entre instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución Política de Guatemala, por lo que sus conclusiones al respecto se circunscribieron a la determinación de si el término Derecho interno incluye o no a la Constitución. La primera concluyó que el Derecho interno sí incluye a la Constitución con argumentos suficientemente válidos, y que en el caso en cuestión no existía conflicto entre la Convención y la Constitución. La segunda opinó que no incluye a la Constitución dicho término.

Debido a la importancia que reviste la interpretación judicial de la Constitución, es una lástima que dichos tribunales elaboraran su análisis partiendo de la falsa premisa del conflicto de leyes. Dejaron de lado una interpretación mucho más amplia y sistemática que los hubiera llevado a concluir que no surge ese supuesto conflicto entre instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución, sino que los primeros vienen a desarrollar y ampliar los derechos contenidos en la segunda, situación que no implica supremacía del Derecho internacional sobre la Constitución.

Otro punto que es importante que quede claro es que si se insiste en que el artículo 46 de la Constitución trata de solucionar el conflicto entre normas internacionales e internas en materia de derechos humanos, ese conflicto entre ambas normativas sólo se dará cuando las disposiciones del Derecho internacional tengan caracter auto-ejecutable. Son éstas las que, una vez concluido el procedimiento de internación del tratado, se incorporan directa e inmedia-

tamente al ordenamiento jurídico interno. Ahora bien, cuando se trate de normas programáticas, no auto-ejecutivas, y que por ende requieran que el Estado adopte medidas dentro de su orden interno, ya sea legislativas o administrativas, no surgirá el citado conflicto entre normas internas e internacionales, ya que en todo caso las dos normas en conflicto tendrían como fuente el orden interno y en consecuencia, el artículo 46 de la Constitución no sería aplicable.

Nuestra Constitución Política ampara en su seno, dentro del mismo conjunto de derechos humanos, a los Derechos individuales y a los Derechos sociales. Esta situación se vuelve peligrosa en la medida que se piense que por estar contempladas ambas categorías en el mismo texto, tendrán la misma jerarquía. Hay que tomar en cuenta que en la mayoría de los casos, la realización de un derecho de tipo económico, social o cultural implica la restricción de un derecho individual, por lo que existe una subordinación de los primeros frente a los segundos debido a la jerarquía implícita derivada de los valores que las normas tienden a proteger.

En este mismo orden de ideas, puede suceder que una norma internacional amplíe ciertos derechos constitucionales pero, al mismo tiempo, impliquen la restricción de otros, planteándose un conflicto entre derechos individuales por un lado, y derechos económicos y sociales por el otro.

Debemos tener claro que la mayoría de los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales no son auto-ejecutables, establecen normas abstractas que deben ser concretizadas a través de legislación interna, siendo obligación del legislador cuidar que la nueva normativa no contraríe la Constitución y, si lo hiciera, devendría inconstitucional. Sería un conflicto de leyes internas y, por lo tanto, no sería aplicable el artículo 46 de la Constitución.

Para terminar, quiero dejar claro que no debe malentenderse ni abusarse del hecho de que una norma internacional en materia de derechos humanos otorgue mayores garantías a las personas, en el sentido de creer que esto permite proteger y dejar impunes a personas que han transgredido la ley. Debemos comprender y aceptar que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Bibliografía

Advisory
1925 *Advisory Opinion.* P.C.I.J. Reports, Series B, Nº 10:20.

Bishop W.
International Law Cases and Materials.

Brunet, Rene
1947 *La Garantie International des Droits de l'Homme.* Geneve: Ch. Grasset, Editeur.

Buergenthal, Thomas [Grossman, Claudio; Nikken, Pedro]
1990 *Manual Internacional de Derechos Humanos.* San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Cançado Trindade, Antonio
1992 *La Cuestión de la Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Evolución y Tendencias Actuales.* San José, Costa Rica: IIHD para ONG. 1992.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio
1991 *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica.* Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

Carta
Carta de las Naciones Unidas.

Constitución
1985 *Constitución Política de la República de Guatemala.*

Convención de Viena

Chacón Pazos, Gilberto
1971 *Los Tratados en el Derecho constitucional Guatemalteco.* Guatemala.

De Pina Vara, Rafael
1988 *Diccionario de Derecho.* Decimoquinta Edición. México: Editorial Porrúa.

Declaración
1948 *Declaración Universal de Derechos del Hombre.*

Decreto 2-89
1989 *Ley del Organismo Judicial.* Decreto 2-89 del Congreso de la República.

Decreto 1-86
1986 *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.* Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

Diario
1985a *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente*, 29/1/85. Nº 33;34-36
1985b *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente.* 17/12/85. Nº 147:17-19.

Digesto
Digesto Constitucional.

Fiore, Pasquale
1895 *Derecho Internacional Público*, Centro Editorial de Góngora.

Forsythe, David P.

1988 *Derechos Humanos y Política Mundial.* Buenos Aires: EUDEBA. Argentina.

García Bauer, Carlos

1960 *Los Derechos Humanos Preocupación Universal.* Guatemala: Editorial Universitaria.

1971 *Teoría de los Derechos Humanos.* Guatemala: Editorial José de Pineda Ibarra.

García Laguardia, Jorge Mario [Vásquez Martínez, Edmundo] 1984 *Constitución y Orden Democrático.* Guatemala: Editorial Universitaria.

García Máynez, Eduardo

1961 *Introducción al estudio del Derecho.* México: Editorial Porrúa.

Gelli, María Angélica

1991 [Miller, Jonathan M.; -]

Gross Espiell, Héctor [Jiménez de Aréchaga, Eduardo] 'Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno'. *Colección de Cuadernos de Derechos Humanos.*

Gross Espiell, Héctor

Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno, *Cuadernos de Derechos Humanos*, Procuraduría de Derechos Humanos, Guatemala, 1991.

Grossman, Claudio

1990 [Buergenthal, Thomas; -; Nikken, Pedro]

Informe 30-93

1993 *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* Nº 30/93. Caso 10,804 del 12 de octubre de 1993.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo

1988 'La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno'. *Revista IIDH Nº 7*, San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. [Gross Espiell, Héctor; -]

Kelsen, Hans

1965 *Principios de Derecho Internacional Público.* 2ª Edición, Buenos Aires: Editorial Ediar.

Larios Ochaita, Carlos

Protección Internacional de los Derechos Humanos.

Liszt, Franz Von

Derecho Internacional Público. Barcelona.

Miller, Jonathan M. [Gelli, María Angélica]

1991 *Constitución y Derechos Humanos.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Montealegre, H.

1979 *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos'.*

Mouchet, Carlos [Zorraquín, Ricardo]

Introducción al Derecho. Octava edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Nikken, Pedro

1990 [Buergenthal, Thomas; Grossman, Claudio; -]

O'Donnell, Daniel

1988 *Protección Internacional de los Derechos Humanos.* Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.

OEA

1984 *Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno.* Obra colectiva a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches. Washington, DC.

Oppenheim, L.

1961 *Derecho Internacional Público.* Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Pacto

1966a *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

1966b *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

Papadópolo Mora, Midori Isabel

La Jurisdicción Constitucional en Guatemala. Tesis para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.

Pérez Botija

1972 *El Derecho del Trabajo, Concepto, Sustantividad y Relaciones con las Restantes Disciplinas Jurídicas.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Piza R., Rodolfo E. [Trejos, Gerardo]

1989 *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana.* San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Planas Suárez, Simón

1916 *Tratado de Derecho Internacional Público.* Madrid: Hijos de Ress, Editores.

Recopilación

Recopilación de los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, de los cuales es parte la República de Guatemala.

Reuter, Paul

Derecho Internacional Público. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Rojina Villegas, Rafael

1967 *Introducción al Estudio del Derecho.* México: Editorial Porrúa.

Rousseau, Charles

Derecho Internacional Público. Barcelona: Ediciones Ariel.

Seara Vázquez, Modesto

1988 *Derecho Internacional Público.* Duodécima edición. México: Editorial Porrúa.

Sentencia

1952 242 P. 2d 617 (1952). 19 I.L.R. 312 (1952). Supreme Court of California.

1990a *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de octubre de 1990.*

1990b *Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 18 de octubre de 1990.*

Trejos, Gerardo

1989 [Piza R., Rodolfo E.; -]
Ulloa, Alberto
1957 *Derecho Internacional Público.* Madrid: Ediciones Iberoamericanas, S.A.
Uribe Vargas, Diego
1972 *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano.* Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.
Vásquez Martínez, Edmundo
1984 [García Laguardia, Jorge Mario; -]
Viena
Convención de Viena.
Villagrán Kramer, Francisco
1969 *Casos y Documentos de Derecho Internacional.* Guatemala: Editorial del Ministerio de Educación Pública 'José de Pineda Ibarra'.
1992 'La integración económica y la Constitución de Guatemala'. *Revista Jurídica del Organismo Judicial.* Guatemala.
Zorraquín, Ricardo
[Mouchet, Carlos; -]

El árbol de la libertad debe regarse de vez en cuando con la sangre de los patriotas y los tiranos. Es su abono natural.

Thomas Jefferson

La libertad es la madre de la virtud y si, por nuestra propia constitución, las mujeres somos esclavizadas y privadas de respirar el vigorizante aire de la libertad, nunca debemos languidecer como flores exóticas de invernadero y, mucho menos, aceptar ser temidas como bellos defectos de la naturaleza.

Mary Wollstonecraft

ANA LUCRECIA PALOMO MARROQUIN[1]

Testamento de vida (*living will*); su naturaleza jurídica y aplicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco[2]

Sumario

Introducción
1 Naturaleza Jurídica y su aplicación en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco
1.1 El testamento de vida
1.2 El mandato especialísimo de cuidados de salud
Conclusiones
Bibliografía

Introducción

Debido a los avances tecnológicos, específicamente de la medicina, hoy la prolongación de la vida por medios artificiales, es una actividad médica que no sólo es fácil de imaginar, sino que se lleva a cabo en casi todos los hospitales del mundo. El problema de si se debe o no llevar a cabo esta prolongación se centra, en dos cuestiones básicas: a) ¿en qué momento se está hablando de medios artificiales de vida que son extraordinarios y desproporcionados?; y b) ¿quién es el encargado de decidir si la vida de una persona debe mantenerse por medios artificiales o no?

Para poder responder a la primera interrogante, es imperativo constatar el momento exacto de la muerte de un individuo, hecho que a pesar de consistir en una etapa inevitable de la vida de todo ser humano, con el progreso de las ciencias médicas, se hace difícil determinar. La generalidad de los médicos acepta que la muerte se lleva a cabo cuando cesa irreversiblemente la actividad cerebral, dejando atrás la creencia de que el paro cardíaco o respiratorio eran las características de la muerte. Se habla pues, en los países en que se ha desarrollado el *living will* o testamento de vida jurídicamente, que son medios artificiales 'extraordinarios' o desproporcionados cuando se está manteniendo con vida a una persona cuya muerte cerebral ya se ha diagnosticado.

A la par de los progresos en la medicina, en algunos países, se ha observado la necesidad de implementar, en los ordenamientos jurídicos, normas que regulen esta situación, que permitan a la persona de cuya vida se trata, por ser el más adecuado para tomar la decisión, decidir con anticipación si desea que, llegado el momento, su vida se sostenga con medios artificiales o si por el contrario se le deje morir digna y serenamente sin la utilización de tratamientos desproporcionados o extraordinarios.

Esa nueva figura jurídica en la que un individuo decide sobre las condiciones en que se lleve a cabo su muerte ha tomado el nombre de *living will* o testamento de vida. Existen ya varios países en los que esta figura no sólo existe jurídicamente sino que se aplica a diario en los hospitales, como un instrumento jurídico que auxilia al médico en el tomar este tipo de decisión, pues el paciente es quien decide lo que se debe hacer con su vida. Por ejemplo, en Estados Unidos de Norteamérica, 'la Asociación Médica Americana (AMA) publicó los lineamientos del *Judicial Council* en proporcionar o remover tratamientos de sostenimiento vital declarando: 'El compromiso social del médico es mantener la vida y aliviar el sufrimiento. Donde el desempeño de una labor entra en conflicto con la otra, debe prevalecer la elección del paciente'.[3]

1 Abogada y Notaria
2 Capítulo tercero del trabajo *Análisis de situaciones legislativas actuales en Guatemala*
3 F. Padilla Beltranena, 1966:40

Es nuestra intención estudiar las distintas figuras jurídicas que se han desarrollado para permitir a la persona decidir sobre las condiciones de su muerte y determinar la naturaleza jurídica de las mismas y si es posible o no su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

1 Naturaleza Jurídica y su aplicación en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco

Se han desarrollado básicamente tres figuras jurídicas[4] por medio de las cuales un paciente plasma anticipadamente cuáles tipos de tratamientos aceptaría recibir si llega a ser incapaz de tomar decisiones médicas y cuáles no, éstas son:

1- El testamento de vida (*living will*)
2- El mandato especial durable (*durable power of attorney*)
3- El mandato especialísimo de cuidados de salud (*health care proxy*)

Por medio del testamento de vida, el paciente deja con anticipación plasmada su "última voluntad', de aquí que tome el nombre de testamento, en cuanto al uso de soporte artificial de vida, para el caso de que le fuese imposible declarar su voluntad. En las otras dos figuras, los mandatos, el paciente le otorga a otro, su abogado o algún pariente, la facultad de tomar decisiones sobre las condiciones de su muerte, en el entendido de que el mandatario ha sido advertido de la voluntad del mandante. El primer tipo de mandato incluye no sólo facultades para decidir sobre los cuidados médicos del mandante sino también facultades para decidir sobre sus negocios y bienes.

Son sólo dos las figuras jurídicas que se estudiarán en el presente trabajo de investigación, el testamento de vida y el mandato especialísimo de cuidados de salud (por participar éste de los mismos elementos del mandato especial durable), para determinar su naturaleza jurídica. ¿Goza cada una de estas figuras de los elementos necesarios para ser considerados, jurídicamente, como un testamento y un mandato? Analicemos uno a la vez.

1.1 El testamento de vida

'El *testamentum* es una institución muy antigua, y genuinamente romana. Resulta empeño inútil, definirlo con recursos filológicos o conceptuales suministrados por ordenamientos jurídicos de otros pueblos, que no conocieron el testamento, [...]'[5] Ya Ulpiano definía al testamento como 'la declaración, de acuerdo a derecho, de nuestra intención, hecha de manera solemne, para que valga después de la muerte'; pero, ¿sobre qué ha versado esa declaración de voluntad? ¿Es válido decir que la declaración de voluntad contenida en un testamento, propiamente dicho, puede versar sobre decisiones médicas que deben tomarse una vez declarada la muerte cerebral del paciente?

Existen dos corrientes, quienes interpretan que las declaraciones que debe contener un testamento son declaraciones de carácter eminentemente patrimonialista, y quienes concuerdan en el carácter político y no patrimonial del testamento (se trata de la designación primitiva de un verdadero sucesor en la jefatura del grupo familiar y no en la masa patrimonial).[6] En el antiguo Derecho romano -etapa precívica- la familia era considerada como un organismo político que se hacía continuo por la herencia. La herencia significaba la continuidad de la unidad que era la familia, con todo lo que ésta significaba y abrigaba, y no sólo el aspecto patrimonial.[7] El derecho sucesorio tiene, pues, un fundamento familiar, en los testamentos romanos se observa cómo el elemento personal y patrimonial se mantenía unido, el heredero era el verdadero sucesor en la potestad soberana sobre el grupo familiar; por medio del testamento, con el elemento esencial de la institución de heredero, se evitaba la disgregación familiar. 'El verbo latino *succedere*, [...] no significa simplemente seguir, sino continuar en una relación, [...] *succedere* no indica el traspaso de un derecho, sino la entrada en una relación'.[8] Por lo que, si se toma en cuenta el objeto de los testamentos en su origen, a pesar de que en ellos se encuentra la función de transmitir el patrimonio, no podemos negar que los elementos extrapatrimoniales, entran también en juego en la sucesión.

4 En los países en que se ha desarrollado legislación sobre este tema, como en los Países Bajos y Estados Unidos de Norte América.
5 J. Iglesias, 1993:556
6 Cfr. A. Di Pietro y A. Lapieza Elii, 1985:416
7 Cfr. J. Iglesias, 1993:523
8 J. Iglesias, 1993:528

Sin embargo, en las disposiciones de la V Tabla[9] ya se aprecia una nueva corriente, que sin quererlo será la que favorezca en un futuro la función patrimonial de los testamentos, ésta es la inclusión de la donación *mortis causa* en los testamentos; y a partir de esto, en la época clásica la herencia sirve a una función patrimonial, perseverando, siempre el concepto de reemplazo del causante por el heredero.

Pero, tratándose del ordenamiento jurídico que rige en Guatemala, encontramos que 'El testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona *dispone del todo o de parte de sus bienes*, para después de su muerte'.[10]

Comparte pues, el testamento de vida de las características de un testamento de ser: a) un acto unilateral, pues descansa absolutamente en la voluntad del testador; b) un acto de última voluntad, puesto que es para ser aplicado, después de su muerte (en este caso cerebral) y puede ser revocado mientras viva, *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum existum*;[11] c) un acto formal, pues, debe manifestarse en la forma que preceptúa la norma jurídica. Pero, a pesar de que el testamento de vida comparte elementos básicos de la naturaleza de un testamento, coincide con la definición original de Ulpiano y tiene como objeto un elemento extrapatrimonial que podría entrar en juego en la sucesión. Es imposible hablar en Guatemala, de acuerdo con el derecho vigente al día de hoy, de un testamento en el que se disponga sobre el uso de soporte artificial de vida, para el caso de que le fuese imposible declarar su voluntad al testador, pues el derecho guatemalteco recoge el sentido patrimonialista de los testamentos.

Figura interesante del Derecho romano son los codicilos, que nos parece podría encuadrarse también en la naturaleza de lo que implica un testamento de vida. Los *codicillos* 'eran disposiciones de última voluntad, hechas de manera informal, por medio de la cual el causante rogaba a otra persona -generalmente el heredero instituido- a que cumpliera con determinado deseo'[12] de cualquier tipo.

A pesar de que en el Derecho romano los codicilos se diferenciaron de los testamentos, básicamente en que eran ajenos a la observancia de cualquier formalidad y en que no se instituía heredero; nos parece que para el efecto del testamento de vida, lo interesante de esta figura es que contenían una o varias disposiciones de última voluntad -de cualquier tipo- con excepción de la institución de heredero y de la desheredación, por lo que consideramos que podría ser la naturaleza del testamento de vida, la de un codicilo. Al hablar de un testamento de vida bien podríamos estar hablando de un codicilo en el que se encarga a una persona en la que se confía, que una vez sea declarada la muerte cerebral, ejecute los deseos del causante, ya sea manteniéndolo con vida por medios artificiales extraordinarios o no.

La institución de los codicilos, nos parece, encaja perfectamente en lo que un testamento de vida se propone hacer; ambos son instituciones que se desarrollan por causa de muerte; además, el codicilo goza de la informalidad con que se ha llevado a cabo el testamento de vida, siendo el codicilo un simple escrito o carta que contenía un ruego amistoso. Pero lo más importante es que la naturaleza jurídica de un codicilo es la de ser un ruego por el cual se encargaba a una persona en la que se tenía confianza que diese un determinado destino a ciertos bienes o que ejecutase *cualquier* otro deseo del causante.[13] Para determinar que la naturaleza jurídica del testamento de vida es la de un codicilo, tendríamos que tomar la acepción de este último como la de un instrumento jurídico, informal en el que se ruega a una persona de confianza que, con ocasión de la muerte (cerebral) del causante, ejecute el deseo ya sea de prolongar su vida con medios artificiales extraordinarios o de dejarlo morir sin la utilización de estos medios.

Ahora bien, determinada la naturaleza jurídica de un testamento de vida como la de un codicilo, debemos establecer si su aplicación en el ordenamiento jurídico, bajo esta forma, es posible. En nuestro ordenamiento jurídico actual es imposible hablar de un codicilo, pues desde 1877 se eliminó de nuestra legislación esta figura del derecho de sucesiones.[14]

9 de las XII Tablas del Derecho Romano
10 Decreto Ley 106 de Enrique Peralta Azurdia. Código Civil, Artículo 935 (el subrayado es mio).
11 La voluntad del testador es variable hasta el último momento de su vida. J. Iglesias, 1993:556
12 A. Di Pietro y Angel Lapieza Elii, 1985:421
13 Cfr. J. Arias Ramos, 1969:831 (el subrayado es mío)
14 Decreto 176. Justo Rufino Barrios que promulga y ordena la publicación del Código Civil de 1877.

1.2 El mandato especialísimo de cuidados de salud

'El Mandato -*mandatum*- es un contrato [...] por virtud del cual una persona -mandatario, *is qui mandatum accepit*, o procurador, *procurator*- se obliga a efectuar gratuitamente el *encargo* o *gestión* encomendados por otra -mandante, *mandans*, *mandator*, *dominus negotii*, y que atañe al interés de ésta o de un tercero'.[15] Nuestra legislación no define el mandato, pero nos dice: 'Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más *actos* o *negocios*'.[16] Como podemos observar de las definiciones, el objeto encargado puede ser un simple hecho, o un acto o un negocio. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia española* acto es: 'Hecho o acción [...]';[17] y negocio se define como: 'Cualquier ocupación, quehacer, o trabajo, [...]'[18] pero ¿qué tipos de actos o negocios se pueden encomendar mediante un mandato? Cualquier tipo, pues *ubi lex non distinguit, nec nos diuntiguere debemus*.[19]

Vemos pues, que en cuanto a la definición, el mandato especialísimo de cuidados de salud se enmarca perfectamente en la definición de mandato y podría llevarse a cabo. El inconveniente que trae utilizar esta figura jurídica para que se disponga sobre el uso de soporte artificial de vida es que una de las causales de terminación del mandato es por la muerte del mandante, y siendo que este tipo de mandato se debe ejercitar precisamente después de la muerte (cerebral) de una persona, quedaría el mandatario imposibilitado de ejercitarlo.

Contempla, sin embargo, nuestra legislación que 'muerto el mandante, el apoderado deberá continuar ejerciendo el mandato, pero solamente para asuntos pendientes y mientras se apersonan los representantes legales; y en ningún caso para nuevos negocios'.[20] Podría interpretarse que siendo que el mandato especialísimo de salud se otorgó con el exclusivo objeto de ser ejercitado después de la muerte del mandante, se le permitiera al mandatario, con fundamento en esa disposición legal, terminar con su encargo, si se considera que está 'pendiente'; pero queda siempre el problema que la legislación no se aplica cabalmente al caso y podría haber personas que, al contrario, interpretaran que el actuar del mandatario se refiere definitivamente a un nuevo negocio[21] por no haberlo iniciado con anterioridad a la muerte y que, por lo tanto, no puede llevarlo a cabo. También tiene esta disposición el problema que podrían apersonarse los representantes legales del mandante y evitar así que el mandatario pueda llevar a cabo el encargo.

Conclusiones

Una de las funciones de la legislación es dar certeza y seguridad a los individuos que a ella están sometidos, 'el papel de las normas de comportamiento sólo pueden consistir en decir a ciertas personas con qué expectativas pueden contar y con cuáles no'.[22]

Es claro para nosotros, que a pesar de existir en nuestra legislación figuras jurídicas que comparten elementos, características y fines del testamento de vida y del mandato especial durable, tal y como está redactada la legislación es imposible aplicar con certeza estas novedosas instituciones, pues nuestra legislación fue redactada sin tomar en cuenta la posibilidad de mantener la vida de un paciente por medios artificiales y la posibilidad del paciente de disponer con anticipación si desea que su vida se sostenga con estos medios o no. Las circunstancias externas y conocimientos médicos han avanzado y es necesario que con el avance de la tecnología se permita a los individuos proteger sus decisiones y expectativas. 'En unas circunstancias externas en continuo cambio y en las que, en consecuencia, ciertos individuos estarán siempre descubriendo hechos nuevos, [...] Si impedimos al individuo reajustar sus planes a nuevos factores que llegan a su conocimiento, la certeza disminuirá en vez de aumentar'.[23]

Para que en nuestro país pueda aplicarse con certeza y seguridad para la persona que desea decidir

15 J. Iglesias, 1993:387 (el subrayado es mío)
16 Decreto Ley 106 de Enrique Peralta Azurdia. *Código Civil*: artículo 1686 (el subrayado es mío)
17 *Diccionario de la Lengua Española*, 1970:21
18 *Diccionario de la Lengua Española*, 1970:915
19 Donde la ley no distingue no debe distinguirse. C. López de Haro, 1951:183
20 Artículo 1722, *Código Civil*. Decreto Ley 106
21 Negocio según el *Diccionario de la Real Academia Española* (1970:215) es cualquier ocupación, quehacer o trabajo.
22 F.A. Hayek, s.a.:162
23 F.A. Hayek, s.a.:164

sobre la utilización de tratamientos o medios artificiales de sostenimiento de vida, un testamento de vida o un mandato durable de salud, es necesario optar por una de las dos siguientes opciones:

1- que las instituciones existentes sufran ciertos cambios:
   a) en cuanto a los testamentos, sería necesario eliminar la restricción patrimonialista de los mismos, permitiendo que al hablar de sucesión testamentaria no se esté disponiendo solamente de bienes sino que se permita al testador hacer una declaración, sobre cualquier materia (incluyendo las decisiones médicas que deben tomarse una vez declarada su muerte cerebral), para que valga después de su muerte, y
   b) en cuanto a los mandatos, sería necesaria una norma que no deje lugar a interpretaciones contradictorias, de que cuando se trata de un mandato especial durable o un mandato especialísimo de cuidados de salud, la causal de terminación de muerte del mandante no se aplica, pues se está hablando de un mandato cuyo objeto debe cumplirse precisamente después de declarada la muerte del mandante, o

2- que se regulen nuevas instituciones como el codicilo, que específicamente se encarguen de resolver esta situación de una forma clara, precisa y que permita a las personas tener la certeza jurídica de que sus expectativas o deseos de prolongar o no su vida por medios artificiales de vida se van a cumplir, pues cuenta con el respaldo legal necesario.

Bibliografía

Arias Ramos, J.
1969 *Derecho Romano II Obligaciones-Familia-Sucesiones.* Undécima edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Di Pietro, Alfredo [Lapieza Elli, Angel E.]
1985 *Manual de Derecho Romano.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Diccionario
1970 *Diccionario de la Lengua Española.* Decimonovena edición. Madrid: Real Academia Española.

Hayek, Friedrich A.
s.a. *Derecho, Legislación y Libertad.* Volumen I: Normas y Orden. Guatemala: Editorial Francisco Marroquín.

Iglesias, Juan
1993 *Derecho Romano. Historia e Instituciones.* Barcelona: Editorial Ariel.

Lapieza Elli, Angel E.
1985 [Di Pietro, Alfredo; -]

López de Haro, Carlos
1951 *Diccionario, Reglas, Aforismos y Principios de Derecho.* Tercera Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus.

Padilla Beltranena, Fabiola de la Luz
1996 *La prolongación artificial de la vida y el derecho a morir.* Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landivar.

Eso de un almuerzo gratis, no existe.

Milton Friedman

El Estado, con cuanto de él depende, no es una pura entidad o una fórmula filosófica, sino un conjunto de individuos colocados en un medio especial, cuya influencia sufren.

Reclus

ANA LUCRECIA PALOMO MARROQUIN[1]

El codicilo como una respuesta a los testamentos de vida en la legislación guatemalteca[2]

Sumario

Introducción
1 El Codicilo
2 Por qué se aplica el Codicilo al testamento de vida
3 Introducción del testamento de vida en la Legislación
Conclusiones
Bibliografía

Introducción

Testamento de vida es el nombre que comúnmente ha recibido, en las legislaciones de otros países, el acto por medio del cual, una persona decide con anticipación si desea que, ocurrido un accidente o enfermedad, y haya sido declarada ya su muerte cerebral, se le mantenga con signos vitales por medios artificiales o si por el contrario desea que se le deje morir digna y serenamente sin la utilización de tratamientos extraordinarios. Nuestra legislación no regula específicamente esta figura y a pesar de que cuenta con instituciones parecidas a las que se podría adecuar el testamento de vida (testamento-mandato), tal y como se encuentra redactada la legislación es imposible aplicarlo con seguridad jurídica. Es por esto que se hace necesario modificar en cierto modo las instituciones existentes, o mejor aún, crear en nuestro derecho una figura jurídica que se enmarque perfectamente en lo que es un testamento de vida y permita aplicarlos con la certeza que la voluntad del paciente será respetada. En el estudio de esta materia, encontramos una figura que comparte los elementos de los testamentos de vida y que podría ser la que solucione el problema en nuestra legislación; esta figura es la de los codicilos que se desarrolló en el Derecho romano, que aún conservan algunas legislaciones y que explicaremos a continuación.

1 El Codicilo

En Roma Antigua aparece la costumbre, primero al margen de la protección jurídica, de ordenar disposiciones de última voluntad sin someterlas a un testamento, sino en un simple escrito o carta (*codicillus*)[3] se rogaba a una persona en quien se confiaba, que diese un determinado destino a ciertos bienes de la herencia o ejecutase cualquier otro deseo del causante.[4] Es importante manifestar que los codicilos no estaban sujetos a las formalidades de los testamentos, y que a pesar de que en un principio no constituían una obligación jurídica sino sólo moral, el Emperador Augusto les concedió sanción jurídica, ordenando a los cónsules que los mismos fueran respetados.

Cuando en el codicilo se encargaba dar cierto destino a bienes de la herencia, se trataba realmente de un fideicomiso; y esta práctica se llevaba a cabo cuando el testador quería favorecer a una persona a la que según a ley de Roma no podía heredar o legar (no tenía *testamenti factio*),[5] por lo que no tenía otro

1 Abogada y Notaria
2 Capítulo cuarto del trabajo Análisis de situciones legislativas actuales en Guatemala
3 'Codicilo era un diminuto de Codex. Etimológicamente, codicilo es como si dijéramos un testamento pequeño'. J.S. Rodriguez, 1928-II:44.
4 Cfr. J. Arias Ramos, 1969:831
5 Cfr. E. Petit, 1971:579

recurso que rogar a su heredero o a alguien en quien confiaba que ejecutara su voluntad. De aquí que el origen de los codicilos esté ligado al de los fideicomisos. Para este trabajo de investigación, el codicilo que nos interesa, no es aquél en el que se dejaba un fideicomiso, sino aquél en el que, el causante encargaba a su heredero o a otra persona hacer 'alguna cosa'; ya que no importaba el tipo de encargo que fuere, la misión primero moral y luego también jurídica del encomendado era cumplir a cabalidad con los deseos del causante, para después de su muerte.

2 Por qué se aplica el codicilo al testamento de vida

Vemos pues, que el codicilo es una figura que comparte los elementos básicos necesarios del testamento de vida, ya que es una disposición de última voluntad, que debe sr ejecutada después de la muerte del causante (en este caso cerebral) y por medio de la cual el causante puede, fuera del testamento en un acto desprovisto de mayores formalidades, ordenar a su heredero o a otra persona en la que confie que, llegado el momento de tomar la decisión de mantener su vida con medios o tratamientos artificiales y extraordinarios, se le mantenga con vida o no. Nos parece importante que, para este tipo de disposición de última voluntad, no se exija mayores formalidades, he aquí una de las ventajas de los codicilos siendo éstos simples escritos o cartas, pues un testamento de vida es un documento personal que es importante que sea discutido con un médico, pero al cual cualquier persona debiera tener acceso sin incurrir en mayores costos o problemas.

En otras legislaciones el testamento de vida se ha regulado como un tipo de testamento o como un tipo especial de mandato, figuras que a pesar de compartir ciertos elementos con lo que implica el testamento de vida (el testamento comparte el ser una disposición de última voluntad, y el mandato comparte el ser un encargo que cumpla otra persona en nombre y a cuenta del mandante), tal y como se encuentra redactada nuestra legislación, no existen testamentos que no se refieran a la disposición de los bienes del causante, es decir, no tienen otro sentido que el patrimonial; y en cuanto al mandato, el problema es que no existe certeza de si un mandatario puede, después de la muerte cerebral del mandante empezar a cumplir con el encargo de mantener su vida por medios artificiales o no. El codicilo es en realidad un mandato, pues es un encargo que se hace a otra persona, pero la ventaja que tiene el codicilo sobre el mandato regulado en nuestra legislación es que el codicilo es un mandato que se otorga expresamente para ser ejecutado después de la muerte (cerebral) del mandante.

3 Introducción del testamento de vida en la Legislación

Es claro que el derecho debe reaccionar ante nuevas situaciones y el avance de la medicina abre ahora una puerta que antes estaba cerrada; es posible ahora mantener la vida de una persona, cuya muerte cerebral ha sido diagnosticada, por medios artificiales. Ante estos nuevos descubrimientos, es necesario que el derecho nos proporcione la certeza de que, si tomamos una decisión acerca de mantener nuestras vidas por medios artificiales ordinarios o extraordinarios, o si por el contrario, no deseamos que se nos someta a este tipo de tratamientos, esta decisión se va a respetar.

Básicamente, la decisión que una persona toma en un *living will* o testamento de vida, consiste en aceptar o no, que su vida se sostenga por medios artificiales extraordinarios. Se les llama extraordinarios a aquellos tratamientos que se aplican a una persona cuya muerte cerebral ya ha sido diagnosticada, pero que con dichos medios se mantendrán sus signos vitales.

Nuestra legislación ya regula un hecho que es determinante para este tipo de disposición, como lo es el momento exacto de la muerte de un individuo; el problema es que esta disposición se encuentra en una norma específica que regula la donación de órganos y tejidos humanos, esta norma establece:

'Para los efectos de esta ley, se entiende por cadáver, el cuerpo humano que cumpla con criterios de muerte cerebral que se describen así:

a) Coma profundo sin respuesta a estímulos;
b) Apnea;
c) Ausencia de reflejos cefálicos;
d) Ausencia de reflejos espinales;
e) Electroencefalograma isoeléctrico que no se modifique con estímulo alguno;

f) Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de alcohol, barbitúricos, bromuros, hipotermia;
g) Para la condición aplicable contenida en los incisos anteriores, las circunstancias deberán persistir durante veinticuatro horas como mínimo;
h) Cualquier otro recurso de diagnóstico que la tecnología médica pueda aportar'.[6]

Por lo que, debido a la redacción de la norma (para los efectos de esta ley...), como primer paso a regular el testamento de vida, debería incluirse esta disposición en una norma de carácter general o bien, en el texto en que se desarrolle el testamento de vida, decir que lo regulado por la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos, en cuanto al momento exacto de la muerte, se aplica a este tipo de disposición.

Una vez determinado el momento exacto de la muerte cerebral de una persona por la ley, lo que procede es, a través de una norma general, abstracta e impersonal, dar validez jurídica a los documentos por medio de los cuales cada persona decida sobre qué medios artificiales de vida aceptaría que le fueran aplicados y cuáles no.

En los países en que esta figura jurídica se ha desarrollado, basta con que se firme un documento (formularios que se venden incluso en las librerías) en el que expresamente determina cuáles de los medios artificiales para mantener su vida aceptaría y cuáles no. El testamento de vida es válido en los cincuenta estados de los Estados Unidos de América del Norte, aunque tres de ellos -Nueva York, Massachusetts y Michigan- no tienen una norma legal que específicamente autorice su uso.[7] En el resto, existe la legislación que autoriza su uso, les da validez jurídica y, por lo tanto, los hace de aplicación obligatoria para el personal médico que atiende al paciente y que debe aplicar o no los tratamientos; por ejemplo, el Estado de Minnesota en los estatutos de 1996 establece: 'Un adulto competente puede hacer un testamento de vida de sus preferencias o instrucciones en cuanto al cuidado médico. Estas preferencias o instrucciones pueden incluir, pero no están limitadas a consentimiento o negativa a determinado tratamiento, servicio médico, procedimiento o colocación. Un testamento de vida puede incluir preferencias o instrucciones acerca de cuidados médicos, la designación de un mandatario que tome las decisiones médicas por el declarante o ambas'.[8] Además de la norma general que les da validez, como la anterior, existen otras normas en las que se establecen los requisitos con que deben cumplir los testamentos de vida para ser ejecutables. En Minnesota estos requisitos son: 1. que el mismo esté firmado por el declarante y dos testigos (los testigos pueden ser reemplazados por un Notario Público); si el declarante no puede firmar, uno de los testigos debe firmar el documento a ruego de él; y 2. debe especificar los tratamientos y/o medicinas que está dispuesto a recibir o no. Si en el testamento de vida se está nombrando un mandatario, debe especificar los deseos del declarante de que la decisión de administrar tratamientos sea tomada por este mandatario. Ninguno de los testigos puede ser persona que tenga derecho a la herencia del declarante y ni los testigos ni el Notario pueden ser nombrados mandatarios.[9]

Es nuestro parecer que, por las implicaciones de este tipo de declaración, la persona que otorgue el testamento de vida o declarante debe tener pleno conocimiento de sus efectos tanto legales como médicos. Además del requisito de testigos o Notario, quienes dan fe de que fue en efecto el declarante quien firmó el testamento de vida y esos son sus deseos; debiera existir una declaración, en el texto del testamento de vida, en la que el declarante manifiesta que ha consultado con un médico competente los alcances, implicaciones y consecuencias de su declaración y que entiende todos y cada uno de los términos médicos (tratamientos que consiente le sean aplicados o no).

El problema que surge, una vez son legales los testamentos de vida, es facilitar al médico tratante la información de que el paciente ha otorgado uno, y cuál es su contenido. Para resolver este problema, lo usual en los países en que existen este tipo de disposiciones, es que los médicos, desde el ingreso del paciente al hospital preguntan a sus familiares si tienen conocimiento de que haya otorgado un testamento de vida. Incluso, como para la donación de

6 Artículo 26. *Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos.* Decreto 91-96 del Congreso de la República.
7 T.L. Takacs, 1995
8 Minnesota Statutes 1996, Chapter 145B Subdivision 1.
9 Cfr. Minnesota Statutes 1996, Chapter 145B Subdivision 1.

órganos, en los Estados Unidos de América del Norte, para facilitarle al médico este conocimiento, en las licencias de conducir vehículo, se proporciona un espacio para que se indique si se ha otorgado testamento de vida o no. Así, una vez llegado el momento, en el hospital pueden pedir a los parientes de la persona que consiga el testamento de vida firmado por el paciente y aplicar sus deseos con toda certeza moral y jurídica de que sus acciones son las deseadas por el propio paciente y que no tendrán problema alguno con las decisiones tomadas.

Conclusiones

Nuestra Constitución Política de la República establece que 'Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe',[10] principio que nos debiera asegurar que, si tomamos una decisión sobre el sostenimiento de nuestra vida con medios artificiales desproporcionados o extraordinarios, esta decisión será o debiera ser cumplida. Pero la realidad es que, hasta que no exista una norma que específicamente les dé sanción jurídica a los documentos en los cuales se tome este tipo de decisión: a) los pacientes no tienen la seguridad jurídica y certeza de que sus deseos serán respetados; y b) los encargados de ejecutarlos, los médicos, por la forma en que está redactada la legislación existente, no tienen certeza de que un documento en el que se decida sobre esta materia tenga el respaldo legal suficiente para ejecutarlos sin riesgo a tener problemas después con los parientes.

Es por esto que creemos se hace necesario que se regule específicamente esta materia, bastando que: 1. se le dé aplicación general a la norma contenida en la ley para la disposición de órganos y tejidos humanos que especifica el momento exacto en que se diagnostica la muerte cerebral; y 2. se cree una norma en la que se autoriza a una persona, civilmente capaz, a otorgar un testamento de vida, en el que deje sus instrucciones o deseos sobre qué tratamientos médicos consiente le sean aplicados y cuáles no, una vez haya sido diagnosticada su muerte cerebral. La norma jurídica debiera, además, autorizar para que este tipo de documento sea un simple escrito o carta (de la naturaleza jurídica de un codicilo) que, para garantizar su autenticidad, lleve firma legalizada, y como manifestamos con anterioridad, contenga una declaración en la que el declarante manifieste comprender las implicaciones y consecuencias de las instrucciones médicas giradas.

Bibliografía

Arias Ramos, J.
1969 *Derecho Romano II Obligaciones-Familia-Sucesiones.* Undécima edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Minnesota Statutes
1996 Minnesota Statutes, Chapter 145B Subdivision 1.

Petit, Eugene
1971 *Tratado elemental de Derecho Romano.* México: Editora Nacional.

Takacs, Timothy L.
1995 *Elder Law FAX.* EUA: October 30.

Rodríguez, José Santiago
1928 *Elementos de Derecho Romano.* 2 tomos. Caracas.

10 Artículo 5

El capitalismo es el único sistema que puede ser defendido y validado por la razón.

Ayn Rand

Derecho y Economía

JULIO H. COLE

¿Se justifican las patentes en una economía libre?

Sumario

Introducción
1 Patentes como propiedad
2 Patentes e interés público
3 Patentes y progreso técnico
Bibliografía

'[...] it seems to me highly desirable that liberals shall strongly disagree on these topics, the more the better. What is needed more than anything else is that these questions of a policy for a competitive order should once again become live issues which are being discussed publicly; and we shall have made an important contribution if we succeed in directing interest to them'.[1]

Introducción

Patentes y *copyrights* son formas especiales de *propiedad* inmaterial que otorgan a sus propietarios o beneficiarios el derecho exclusivo de controlar la producción y venta de un determinado producto: una obra literaria o artística, en el caso del *copyright*; un invento o proceso productivo, en el caso de las patentes. A menudo estos conceptos se engloban en un concepto más amplio de *propiedad intelectual*, pero no son completamente análogos y no siempre se pueden justificar con los mismos argumentos. Por otro lado, bajo el rubro de 'propiedad intelectual' también se incluyen otros conceptos muy distintos, tales como marcas comerciales. Lamentablemente, en discusiones recientes sobre estos temas el concepto de 'propiedad intelectual' se emplea muchas veces en forma genérica, obviando distinciones que en la práctica son muy importantes.

La marca comercial (o 'marca registrada') es un signo que distingue los productos de un fabricante de los de otros. La marca se inscribe en un registro estatal y concede a su propietario el uso exclusivo de la misma. Esto garantiza la procedencia del producto avalado por la marca, lo cual permite a los consumidores comprar con más certidumbre (ya que los propietarios de marcas conocidas tendrán incentivos para proteger el valor económico de las mismas manteniendo estándares de calidad para sus productos), y protege al fabricante de falsificadores que tratan de vender sus propios productos aprovechándose de la buena reputación de marcas renombradas. La diferencia entre una marca y una patente es que la marca identifica el origen de una mercancía, pero no prohíbe la fabricación de productos similares (o incluso idénticos) y, por tanto, no tiene el carácter monopolico de la patente: Si decido fabricar y vender whisky marca 'Chivas Regal', estaría violando la ley, pero eso no quiere decir que no pueda fabricar y vender whisky, siempre que no le ponga una marca registrada que no sea de mi propiedad.

La existencia de una patente, en cambio, me impide producir y vender el artículo patentado. Por esto, muchas personas que aceptarían de buen grado la protección de marcas comerciales como algo perfectamente legítimo y de vital importancia en una economía capitalista moderna, podrían, no obstante, oponerse a las patentes de invención por constituir un privilegio monopólico. En este trabajo examino

1 F.A. Hayek, 1948:112

con cierto detalle el concepto de patentes de invención, a fin de investigar sus efectos económicos y determinar hasta qué punto son compatibles con los principios de una sociedad libre.[2]

1 Patentes como propiedad

Aunque el término *propiedad intelectual* es ya de uso común en el plano jurídico, en el plano económico el concepto no deja de ser un tanto problemático, ya que es difícil justificar este tipo de derechos de propiedad con los mismos argumentos que se usan para justificar la propiedad privada sobre bienes tangibles.

Según la teoría económica de la propiedad (que proviene de David Hume), a la sociedad le conviene definir y proteger los derechos de propiedad privada porque los bienes son escasos. No tiene objeto delimitar derechos de propiedad sobre bienes cuando éstos existen en abundancia. Por otro lado, cuando los bienes son escasos y la propiedad es comunal, éstos no son usados eficientemente. La propiedad privada garantiza que los bienes escasos serán usados de la forma más eficiente y productiva. Esta concepción sobre la naturaleza de la propiedad no se interesa mayormente por la justificación de la apropiación original (concesión estatal, usurpación, etc.). Para garantizar el uso eficiente del bien, lo importante es que *alguien* tenga el control del bien. Es difícil justificar los derechos de propiedad intelectual bajo este concepto de propiedad, ya que éstos no surgen de la escasez de los objetos apropiados, más bien, su propósito es *crear* una escasez, para de este modo generar una renta monopólica para los tenedores del derecho: aquí la ley no protege la propiedad de un bien escaso, sino que la ley se establece con el propósito de crear una escasez que antes no existía.[3] En otras palabras, la *escasez* es creada por la misma ley, y dicha escasez *artificial* es precisamente la fuente de las rentas monopólicas que confieren valor a dichos derechos. La gran diferencia entre las patentes y los títulos de propiedad, sobre bienes tangibles, es que estos últimos serán escasos incluso aunque no haya derechos de propiedad definidos, mientras que la escasez de las patentes sólo existe después de definir el derecho de propiedad.[4]

2 Me refiero sólo tangencialmente a la vasta literatura jurídica sobre propiedad intelectual, ya que ésta se ocupa principalmente de los aspectos estrictamente legales y administrativos de la legislación aplicable (el titular del derecho y el objeto protegido; límites, temporalidad y extinción de los derechos; cesión y sucesión de los mismos; protección penal y tipificación de delitos; gestiones y trámites), así como de la evolución histórica de dicha legislación, su interpretación y adecuación a sucesivas innovaciones tecnológicas, y los convenios internacionales aplicables. Poco se ocupa del tema que nos interesa investigar aquí, que es precisamente la *justificación* de dichas leyes.

3 Hasta ahora, considero que la formulación más clara de este argumento fue planteada por el economista inglés Arnold Plant, en un artículo de 1934 titulado 'The Economic Theory Concerning Patents for Inventions' (*Selected Economic Essays and Addresses* [Londres: Routledge & Kegan Paul, 1974], pp. 35-56). Sobre el pensamiento económico de Plant, véase Ronald H. Coase, 1986:81-90.

4 cf., a este respecto, los siguientes comentarios de F. A. Hayek: «El lento proceso de selección que, a través de sucesivos ensayos de prueba y error, fue en el pasado estableciendo las actuales normas delimitadoras de los derechos de propiedad ha producido situaciones verdaderamente peculiares. En efecto, los intelectuales que con tanta insistencia atacan el derecho exclusivo a controlar los recursos económicos por parte de sus propietarios (que tan imprescindible resulta a la más adecuada gestión del esfuerzo productivo) se convierten en auténticos entusiastas de cierto tipo de propiedad inmaterial sólo recientemente aparecida: la que ampara los derechos de autor [*copyright*] y las patentes. La diferencia entre este y otros tipos de propiedad es la siguiente: mientras que en el caso de los bienes [materiales] el citado derecho permite orientar los escasos medios disponibles hacia su más oportuna utilización, en el caso de esos otros bienes inmateriales, de carácter también limitado, como son las obras literarias o los distintos descubrimientos, incide la circunstancia de que, una vez realizados, pueden ser fácilmente reproducidos de forma ilimitada, por lo que sólo a través de alguna disposición legal -arbitrada quizá con la idea de propiciar la aparición de tales valores inmateriales- pueden convertirse en escasos, incentivándose así su producción. *Ahora bien, no es en modo alguno evidente que el fomento de dicha escasez artificial sea la manera más efectiva de estimular el correspondiente proceso creativo.* Personalmente, dudo mucho que, de no haber existido los derechos de autor [*copyright*], hubiera dejado de escribirse ninguna de las grandes obras literarias, razón por la cual considero que tal tipo de concesiones legales deben quedar limitadas a aquellos casos en los que sufriesen menoscabo en su publicación obras tan valiosas como las enciclopedias, diccionarios o libros de texto, en la medida en que, una vez editados, cualquiera pudiera indiscriminadamente proceder a su reproducción. De manera similar, los estudios realizados al efecto no han logrado demostrar que los derechos de patente favorezcan la aparición de nuevos descubrimientos. *Implican más bien una antieconómica concentración del esfuerzo investigador en problemas cuya solución es más bien obvia, al tiempo que favorecen el que el primero en resolver los problemas en cuestión, aunque sea por escaso margen, goce durante un largo período de tiempo del monopolio del uso de la correspondiente receta industrial*». (F.A. Hayek, 1990:75-76; las itálicas son mías).

Los defensores de patentes y *copyrights* a menudo tratan de negar que éstas constituyan concesiones monopólicas, y sostienen que el término *monopolio* está mal empleado en este caso.[5] Aunque se trata en parte de una cuestión meramente semántica, estos intentos de negar el carácter monopólico de patentes y *copyrights* parecen un tanto forzados en vista del consenso virtualmente unánime de la gran mayoría de autoridades y expertos que escriben sobre el tema, tanto en la literatura jurídica como económica. No existe, por cierto, ninguna contradicción o incompatibilidad entre la noción de *patente como propiedad* y la de *patente como monopolio*. De hecho, como señala Sigmund Timberg, lo segundo es precisamente lo que da lugar a lo primero. La opinión de Timberg vale la pena citarse *in extenso*, ya que es un enunciado particularmente claro, tanto de la situación legal como de los efectos económicos:

> Una patente cumple cuatro propósitos. Del punto de vista moral y social, y quizá [también] psicológico, es una recompensa para la habilidad inventiva extraordinaria. Del punto de vista de la economía y del derecho comercial, es un derecho de propiedad. Ninguno de estos propósitos -el premio al inventor o la creación de un derecho de propiedad- tiene por sí mismo algún efecto económico restrictivo.
>
> *Pero entonces llegamos a la tercera fase de la patente -desde la perspectiva del estado, una patente es una concesión de un monopolio en favor del inventor basado en el interés público en promover el crecimiento y la difusión de tecnología. La concesión monopólica es lo que hace tangible la recompensa del inventor y convierte un derecho de propiedad formal en algo real. Es más, la concesión monopólica tiene un evidente impacto económico, porque el monopolio otorgado por la patente es el derecho de excluir a otros de la fabricación o venta del producto patentado, o de utilizar el proceso patentado.*[6]

No se puede negar entonces que las patentes son un monopolio legal -de hecho, el carácter monopólico de las patentes es precisamente lo que les confiere valor económico. La pregunta que cabe plantearse en este punto es si se justifica la creación de tales monopolios en una economía de mercado libre. Nótese que aunque Timberg admite el carácter monopólico de las patentes, no por eso se opone necesariamente a ellas, ya que según este autor las patentes cumplen una *función social*, *i.e.*, la de premiar la invención y estimular la actividad inventiva. Todos los defensores del sistema de patentes aceptan, al parecer axiomáticamente, que la actividad inventiva necesita ser premiada y estimulada. Sin embargo, quizá valdría la pena cuestionar este axioma: Obviamente, como cualquier privilegio monopólico, las patentes pueden ser muy valiosas para sus propietarios, aunque eso no es en sí razón suficiente para justificar una concesión de ese tipo. Aquí las preguntas relevantes son: ¿Qué implicacio-

5 Por ejemplo, H. Spector, 1991:129-137; M. Novak, 1997:69, 144.

6 S. Timberg, 1962:72. Cf. las opiniones de Hayek a este respecto: «Donde más agudamente se plantea el problema de la prevención del monopolio y la preservación de la competencia es en ciertos otros campos donde el concepto de propiedad ha sido aplicado sólo en tiempos recientes. Estoy pensando aquí en la extensión del concepto de propiedad a derechos y privilegios tales como patentes de invención, copyright, marcas comerciales, etc. Me parece indudable que en estos campos una aplicación poco crítica del concepto de propiedad tal como éste se ha desarrollado para bienes-materiales ha contribuido enormemente a favorecer el crecimiento del monopolio y que podrían requerirse aquí drásticas reformas si queremos que la competencia funcione. En el campo de las patentes industriales, en particular, tendremos que examinar seriamente si la concesión de un privilegio monopólico es realmente la manera más apropiada y efectiva de recompensar el tipo de riesgos involucrados en la investigación científica. Las patentes, en particular, son especialmente interesantes desde nuestro punto de vista porque proporcionan una ilustración muy clara de cómo es necesario en cada instancia no aplicar una fórmula preestablecida sino retornar a la justificación del sistema de mercado y decidir en cada caso cuáles deben ser los derechos específicos que el gobierno debe proteger. Esta es una tarea tanto para economistas como para abogados. Quizá no sea una pérdida de su tiempo si ilustro lo que tengo en mente citando una decisión [judicial] bastante conocida en la que un juez estadounidense argumentó que 'en cuanto a la sugerencia de que los competidores fueron excluidos del uso de la patente respondemos que dicha exclusión podría decirse que constituye la esencia misma del derecho conferido por la patente' y agrega 'así como es el privilegio de cualquier propietario usar o no usar [su propiedad] sin ninguna consideración de motivos' [Continental Bag Co. v. Eastern Bag Co., 210 U.S. 405 (1909)]. Es esta última afirmación la que me parece significativa por la manera en que una extensión mecánica del concepto de propiedad por parte de los abogados ha contribuido a crear privilegios perjudiciales e indescables». F.A. Hayek, 1947:113-114.

nes tienen las patentes para la eficiencia en la asignación de recursos, y por qué querría la sociedad conceder a algunos de sus miembros privilegios de este tipo? ¿En qué se beneficia la sociedad de la existencia de patentes? ¿Por qué debería la sociedad otorgar a la producción y venta de ciertos productos alguna protección especial más allá de la que pueda estar implícita en la protección de marcas registradas?

2 Patentes e interés público

Aunque la literatura sobre patentes a menudo enfatiza los derechos del inventor, si se analiza la legislación relevante se aprecia claramente que ésta incorpora además -y casi siempre en forma muy explícita- una fuerte presunción de que la concesión de patentes de invención favorece el interés público. La primera ley formal sobre patentes fue la de Estados Unidos, aprobada en 1790 y basada en una provisión de la nueva Constitución de 1787, que en su enumeración de las facultades del Congreso incluía la de '*promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando por períodos limitados a autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos*'.[7]

En vista de esto, no deja de ser interesante el hecho de que desde un principio no hubo nunca un consenso real sobre la conveniencia de adoptar un sistema de patentes. En efecto, algunos de los más famosos redactores de la Constitución norteamericana (entre ellos algunos destacados inventores) se oponían a la idea, a veces con vehemencia. Entre ellos, podemos citar a Benjamin Franklin y Thomas Jefferson.[8] El caso de Jefferson es particularmente interesante porque articuló sus ideas al respecto con bastante elocuencia, y en muchos casos anticipó varios de los temas centrales que habrían de plantearse en debates futuros sobre el tema. Con relación al pensamiento de Jefferson, Meier escribe:

La nueva Constitucion proporcionaba protección para las invenciones mediante la concesión de una patente monopólica por un número 'limitado' de años. Jefferson tenía nociones firmes pero no inflexibles sobre este tema. Su pensamiento se basaba en la libertad de las ideas y los peligros inherentes a la restricción de su aplicabilidad. En una carta enviada a James Madison desde Francia en 1788, Jefferson aconsejaba muy encarecidamente la prohibición incluso de monopolios limitados [...]

Una idea central del pensamiento de Jefferson era la tesis de que las ideas son universales y que 'deberían difundirse libremente de unos a otros por todo el globo, para instrucción moral del hombre, y el mejoramiento de su condición'. La intención de la Naturaleza era que las ideas fueran 'expandibles en el espacio' como el fuego, y tan 'incapaces de ser confinadas o apropiadas con exclusividad' como el aire respirado por los hombres. Es más, una vez publicada, una nueva idea se convierte en posesión de todos, y el receptor no puede desposeerse de ella. 'Su peculiar característica', decía Jefferson, 'es que nadie posee menos de ella por el hecho de que otro la posea por completo. Quien recibe una idea de mí recibe instrucción sin disminuir la mía [...]' Por consiguiente, para Jefferson la función del gobierno debía ser la de diseminar información útil para los ciudadanos, en lugar de asegurar ganancias materiales para los innovadores.

La invención, tambien argumentaba, era más un proceso acumulativo que el fruto del genio aislado. 'El hecho es que una idea conduce a otra, aquella a una tercera, y así sucesivamente a lo largo del tiempo hasta que alguien que no fue originador de ninguna de estas ideas, las combina todas juntas y produce lo que con justicia se describe como una nueva invención' [...] Especialmente irritantes le resultaban las ambiciosas pretensiones de Oliver Evans, cuyo genio inventivo venía acoplado con un muy fuerte sentido de propiedad intelectual. El molino automatizado de Evans -capaz de moler, cernir y embolsar harina por medio de fuerza hidráulica- era objeto de envidia y resentimiento por parte de los molineros en general. Jefferson había completado su propio molino hari-

7 Constitucion de los Estados Unidos, art. I, seccion 8, párrafo 8.

8 Franklin rechazó el ofrecimiento de una patente en su favor por la invencion de su famosa estufa «... así como disfrutamos de muchas ventajas de los inventos de otros, deberíamos con gusto aprovechar la oportunidad de servir a otros mediante cualquier invencion nuestra, y deberíamos hacerlo libre y generosamente» The Autobiography of Benjamin Franklin (New York: Washington Square Press, 1970), p. 144. Sobre el pensamiento de Jefferson véase H. A. Meier, 1990:17-33.

nero en 1806 con mejoras como elevadores, tolvas y cubetas transportadoras. Inmediatamente, recibió una factura por el empleo de estas ideas reclamadas por Evans -y la pagó, pero no sin expresar algunos gruñidos filosóficos: 'Si el hecho de reunir bajo un mismo techo diversas cosas útiles ya conocidas [...] le otorga [a Evans] el uso exclusivo de todas éstas, sea por separado o en combinación, [entonces] podrían quitarnos todos los utensilios de la vida mediante alguna patente'.

Jefferson también se oponía firmemente a los intentos de monopolizar los principios que fundamentan clases de invenciones y disputaba sobre esta base las pretensiones de Oliver Evans [...] Advertía que esta práctica podría eventualmente significar que cualquiera que utilizara un hacha, un azadón o una pala en algún uso nuevo pudiera reclamar la exclusión mediante patente del empleo similar de estas herramientas esenciales. En efecto, 'si una nueva aplicación de nuestras antiguas máquinas justificara un monopolio [...] [dicha ley, en lugar de ampliar nuestras comodidades, como era la intención, las limitaría flagrantemente, y por medio de monopolios nos impediría utilizar las cosas que ya tenemos' [...] Un herrero de Georgetown, contaba Jefferson, había fabricado 16 años atrás un artefacto para triturar yeso que, en una forma modificada, ahora era un monopolio de Evans para triturar tusas de maíz [...]

Meier también señala que, aunque '*Jefferson eventualmente aceptó que el progreso en las ciencias y artes podría incentivarse asegurando por un tiempo derechos exclusivos para escritos y descubrimientos originales*', le preocupaba mucho la duración de dichos monopolios: en 1807 escribió a Evans que si bien un inventor merece los beneficios de una invención por un cierto tiempo, '*es igualmente cierto que no debe ser perpetuo: importunar a la sociedad con monopolios para cada utensilio existente, y en todos los detalles de la vida les resultaría más perjudicial que si los supuestos inventores nunca hubieran existido; porque el entendimiento natural de sus miembros les hubiera sugerido las mismas cosas u otras igualmente buenas*'.[9]

Aunque las patentes de invención se originaron en Europa, tampoco puede decirse que hubo allí en el pasado reciente algún consenso sobre el tema. De hecho, en el siglo XIX hubo un debate muy intenso y prolongado, especialmente en el cuarto de siglo comprendido entre 1850 y 1875, y en un momento parecía muy probable la victoria del movimiento antipatentes.[10] El eventual triunfo de la posición propatentes en el plano legislativo refleja una victoria política, pero no necesariamente una victoria intelectual.

3 Patentes y progreso técnico

Los modernos defensores del sistema de patentes, deslumbrados por los prodigios de la tecnología moderna, nunca se cansan de subrayar la necesidad de estimular el desarrollo tecnológico.[11] A menudo se citan en este contexto los famosos estudios pioneros de Solow y Denison sobre la importancia del progreso técnico para explicar el crecimiento económico.[12] Lo interesante es la manera como se citan estos estudios

9 Meier, 1990:28-30. Esta última afirmación de Jefferson no es ninguna exageración, sino que refleja una verdad muy real: El 14 de Febrero, 1876, la Oficina de Patentes de los Estados Unidos recibió dos comunicaciones describiendo la transmisión y recepción eléctrica de la voz humana. La primera fue una solicitud de patente por parte de Alexander Graham Bell. La segunda, por Elisha Gray, fue recibida sólo unas pocas horas después. La patente Nº 174,465 fue otorgada a Bell la semana de Marzo 7, 1876 -- David A. Hounshell, 1981:156-163.
En vista de las dudas de Jefferson con relación al tema de las patentes, es un tanto irónico el hecho de que, en su calidad de Secretario de Estado, haya tenido que ser uno de los tres signatarios de la primera patente estadounidense, emitida el 31 de Julio, 1790, en favor de Samuel Hopkins, otorgándole un monopolio por 14 años sobre un método para fabricar potasa caustica. Los otros dos signatarios fueron el Presidente George Washington, y el Procurador General Edmund Randolph. Aunque esta fue la primera patente emitida bajo la ley de patentes de 1790, ya desde antes de la independencia los gobiernos coloniales en Norteamérica emitían patentes bajo su propia autoridad. La primera patente emitida en Norteamérica fue otorgada en 1646 por la colonia de Massachusetts en favor de Joseph Jenks 1990:130.

10 Para una reseña muy detallada de la historia de este debate y la voluminosa literatura inglesa, alemana y francesa que genero, véase Fritz Machlup y Edith Penrose, 1950:1-29. Aunque fue publicado hace casi medio siglo, creo que este articulo sigue siendo lectura obligada para cualquier persona seriamente interesada en el tema de la propiedad intelectual.

11 Véase, por ejemplo, M. Novak, 1997:53-83, y Karl-Friedrich Beier, 1986:11 37.

12 Por ejemplo, H. Spector, 1991: 132; Robert M. Sherwood, 1992:89 90. Las referencias son a los estudios de Robert M Solow 1957:312-320, y Edward F. Denison: 1967; 1974.

(que sin duda fueron muy importantes). Estas citas se realizan en forma muy general, y daría la impresión de que los autores que emplean este recurso quisieran atribuir la totalidad de dicho progreso técnico a los inventos patentados. El hecho, sin embargo, es que el concepto de *progreso técnico* en los estudios tipo Solow-Denison es un concepto muy general que abarca, en principio, cualquier incremento en la producción que no puede atribuirse directamente al incremento en el uso de insumos o factores básicos de producción. Esto incluye no sólo el efecto de nuevas tecnologías (no todas las cuales representan invenciones patentadas), sino también los efectos de economías de escala, y de mejoras en la calidad de la fuerza laboral, incluyendo mejor educación (Denison trata de separar el efecto de la educación), la salud y estado nutricional de la fuerza laboral, e incluso cambios en su composición demográfica (en la medida en que, por ejemplo, la edad promedio de los trabajadores puede reflejar los niveles de experiencia laboral acumulada).

Sería pues un grave error atribuir todo *progreso técnico* en el sentido Solow-Denison únicamente a la innovación tecnológica. Pero aun descontando los importantísimos efectos de la educación y otras mejoras en la calidad de la fuerza laboral, atribuir el efecto residual únicamente *a un determinado tipo* de innovación tecnológica (inventos patentados) sería como atribuir el efecto de la *educación* únicamente a la enseñanza que se imparte en escuelas formales (error que también se comete muy a menudo).

Machlup, en su detallado estudio sobre la producción y distribución del conocimiento, distinguió por lo menos ocho formas de transmisión de conocimientos económicamente útiles por medio de la *educación*: 1) educación en el hogar, 2) educación en la escuela, 3) adiestramiento en el lugar de trabajo, 4) instrucción en iglesias, 5) adiestramiento en las fuerzas armadas, 6) educación a través de la televisión, 7) auto-educación, 8) aprendizaje por la experiencia.[13] De éstas, sólo la número 2) consiste de enseñanza formal por medio de instituciones escolares, aunque es la que más atención recibe en discusiones sobre los efectos económicos de la educación, posiblemente debido a su mayor visibilidad.

Al evaluar la importancia de la innovación tecnológica, podría darse una análoga distorsión de perspectiva. Como señala Nutter, '[...] *algunos productos y procesos sólo pueden ser descubiertos e introducidos incurriendo en grandes riesgos y gastos; éstos se producirán en volumen sólo si existen perspectivas favorables para premios espectaculares* [...]' Esto sin duda es cierto. Pero Nutter luego señala:

Es fácil formarse una idea exagerada de la preponderancia e importancia de tales innovaciones: son las más publicitadas y a menudo las más llamativas, y generalmente son introducidas por los gigantes industriales que constantemente atraen nuestra atención. No hay duda, por otro lado, que el curso del progreso hubiera sido muy diferente sin ellas; no debemos minimizar su contribución [...] Probablemente no hay ninguna forma satisfactoria de medir la importancia de la competencia como estímulo para la innovación -o para medir la importancia de alguna innovación específica. Parece inevitable, sin embargo, que el pensamiento sobre este tema sea fuertemente influenciado por un sesgo inconsciente en favor de los productos espectaculares de la prolongada investigación y desarrollo. No obstante, existen pocas razones convincentes para suponer que la complejidad de una innovación, o del proceso innovador, sea una buena medida de su importancia. Podríamos preguntarnos seriamente, por ejemplo, si hasta hoy la computadora electrónica ha resultado más valiosa que el carrito de mano de la tienda de auto-servicio. [Hay que señalar que Nutter escribía estas líneas en 1956.] *Es más, existe poca justificación para tomar las sumas gastadas en investigación y desarrollo como un índice de actividad innovadora. Esta práctica, sin embargo, es muy común y es la base para muchas de las grandes generalizaciones que se encuentran en la literatura contemporánea.*[14]

Los siguientes comentarios de Simon y Neal también son interesantes a este respecto:

No podemos enfatizar demasiado que 'adelanto tecnológico' no significa 'ciencia', y que los genios científicos sólo constituyen una parte del proceso cognoscitivo. Gran parte del adelanto tecnológico proviene de personas que no son ni muy educadas ni bien pagadas -el despachador que desarrolla una forma ligeramente mejor de desplegar los carros en su

13 Fritz Machlup, 1962:51.
14 G. Warren Nutter, 1983:81, 83-84.

pequeña flota de taxis, el agente marítimo que descubre que los basureros pueden ser excelentes contenedores para muchas clases de productos, el administrador de supermercado que encuentra una forma de exhibir más mercadería en un espacio determinado, el empleado del supermercado que encuentra una forma más rápida para marcar los precios en latas, el investigador de mercados para la cadena de supermercados que experimenta y encuentra formas más baratas y eficientes para anunciar los precios de artículos en liquidación, etc.[15]

Incluso la utilidad práctica de los inventos patentados muchas veces depende de adaptaciones de dichos inventos a usos que no fueron contemplados por los inventores o productores -el ingenio *inventivo* del usuario es muy importante. Un ejemplo trivial: los jabones detergentes fueron diseñados expresamente para el lavado de ropa en lavadoras automáticas, pero en muchos países subdesarrollados éstos se emplean para lavar platos, un uso muy productivo pero que probablemente no fue contemplado por el inventor original.

Es razonable suponer, sin duda, que la protección de patentes incrementa el retorno promedio sobre la actividad inventiva dedicada a invenciones patentables y, por tanto, seguramente induce más actividad de este tipo.[16] Podemos suponer, por tanto, que la eliminación de dicha protección tendría el efecto de reducir la producción de este tipo de inventos. ¿Pero cuán grande sería la magnitud de esa pérdida? Tenemos que tomar en cuenta dos factores:

a El progreso técnico, aunque podría reducirse, de ninguna manera se frenaría del todo. Esto por el simple hecho de que, como ya se ha señalado, no todo el *progreso técnico* actual se debe a la innovación tecnológica propiamente dicha, y no todas las innovaciones tecnológicas se deben a invenciones patentables.[17]

b Aunque *a priori* podemos suponer que la eliminación de patentes reduciría la producción del tipo de

15 J. L. Simon & L. D. Neal, 1980:116. (Debo aclarar que aunque he citado estos pasajes por considerarlos muy perceptivos y relevantes para esta discusión, no sé realmente si el Prof. Nutter estaba en favor o contra las patentes, y tampoco conozco la posición de Simon y Neal al respecto).

16 Un aspecto adicional que a veces se menciona en este contexto no se relaciona tanto con la invención *per se*, sino con los gastos promocionales y publicitarios que muchas veces se tienen que realizar para la introducción exitosa de un nuevo producto o proceso. Se argumenta que muchos potenciales innovadores podrían estar renuentes a realizar dichos gastos sin una perspectiva razonable de recuperarlos, lo que sería difícil si, una vez establecido un mercado para la innovación, productores rivales pudieran lanzar al mercado imitaciones sin tener que incurrir en los gastos necesarios para informar a los compradores sobre las ventajas del producto. Véase, por ejemplo, E. W. Kitch, 1977:277, y Félix Rozanski, 1987-2:135-138. Lo que no está claro es si la existencia de estos 'costos de arranque' justifica alguna protección especial para el innovador más allá de la protección de marcas registradas, pero en todo caso es evidente que si los derechos de patentes facilitan la recuperación de dichos costos, entonces necesariamente tenderán a estimular la innovación.

17 Ni siquiera es del todo obvio que el sistema de patentes haya sido siempre beneficioso para el progreso técnico, y muchas veces resulta ser en la práctica un estorbo. En la industria automovilística, Henry Ford no tenía la patente sobre el automóvil y tuvo que luchar contra los dueños de la patente, quienes constituían un cartel cerrado y no tenían interés en la producción masiva de modelos económicos: «En la época en que fue organizada la Ford Motor Company, la industria automotriz estaba dominada por la Association of Licensed Automobile Manufacturers (ALAM), un selecto grupo de fabricantes de automóviles a gasolina que intentaban monopolizar la fabricación de automóviles en los Estados Unidos mediante el control de una patente [...] otorgada en 1895 en favor de George B. Selden, un abogado de Nueva York especializado en patentes. Los miembros de ALAM... estaban mayormente interesados en obtener elevadas ganancias por unidad mediante la producción de carros de alto precio para un mercado limitado. ALAM trataba de fijar cuotas de producción e impedir el ingreso de nuevas firmas en la industria. A Henry Ford se le negó una licencia [...] bajo la patente de Selden sobre la base de que no había demostrado su competencia, y cuando Ford persistió en producir carros, la ALAM inmediatamente le planteó una demanda legal por violación de la patente de Selden. El pleito al final fue decidido en favor de Ford en 1911 y la ALAM se desintegró» (James J. Flink, 1990:181-182. Para citar otro ejemplo, el historiador Stuart Bruchey anota lo siguiente con relación al caso de la desmotadora de algodón: «Pocos inventos han sido tan obviamente frutos de la necesidad económica como en este caso [...] [Eli] Whitney no era el único norteamericano tratando de resolver este problema. Su desmotadora era un artefacto muy simple -tan simple como para dar crédito a la creencia de que alguna otra persona lo habría desarrollado si Whitney no lo hubiera hecho [...] Antes de su invención, un buen empleado se tardaba un día en limpiar una libra de algodón. La desmotadora le permitió incrementar su producción por un factor de 50. Puesto que era fácilmente imitable -especialmente después de que ladrones entraron al cobertizo donde Whitney guardaba su modelo y robaron la máquina- pronto aparecieron varios modelos en el Sur, con el resultado de que Whitney y su socio, Phineas Miller, se vieron envueltos en una maraña de estériles litigios legales. Si ellos hubiesen logrado asegurar su patente y los precios monopólicos que esto habría permitido, la difusión del cultivo del algodón sin duda se hubiera atrasado. Puesto que no pudieron hacerlo, la desmotadora de algodón fue asequible a un precio competitivo» (*Enterprise*..., pp. 228-230). A este respecto, son

inventos que ahora son patentables, no podemos por otro lado saber cuán significativo sería el efecto.[18] Es muy poco probable, en todo caso, que desaparezca del todo la actividad inventiva incluso en áreas actualmente patentables. Si el incentivo de la patente fuera siempre el factor decisivo, entonces nunca observaríamos innovaciones en campos no-patentables -el hecho, sin embargo, es que todo el tiempo se producen innovaciones no-patentables. El campo de la investigación científica es otro buen ejemplo: los descubrimientos científicos no son patentables, pero ésta es una actividad que no cesa de florecer. Por último, sabemos que había inventores e invenciones mucho antes de que existieran leyes de patentes.[19]

No se pretende con estas reflexiones minimizar los beneficios reportados por tanto invento patentado durante el último siglo y medio. Pero es un enorme paso de ahí a concluir que sin leyes de patentes no habría habido progreso técnico o innovación tecnológica de ningún tipo. Eso sería una exageración completamente injustificada.

Volvemos entonces, a la pregunta planteada en el título de este trabajo: ¿Se justifican las patentes en una economía libre?

Bibliografía

Anderson, M.J. (editor)
1986 *The Unfinished Agenda: Essays on the Political Economy of Government Policy in Honour of Arthur Seldon.* Londres: Institute of Economic Affairs.

Ashton, T. S.
1968 *The Industrial Revolution, 1760-1830.* Oxford University Press [1948].

Beier, Karl-Friedrich
1986 'La Importancia del Sistema de Patentes para el Progreso Técnico, Económico y Social'. *Derechos Intelectuales*, 1:11-37. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Bruchey, Stuart
1990 *Enterprise: The Dynamic Economy of a Free People.* Harvard University Press.

especialmente problemáticas las patentes exageradamente amplias, que muchas veces constituyen un freno para la investigación posterior en un campo determinado ('[...] durante casi un cuarto de siglo, por ejemplo, James Watt pudo impedir que otros ingenieros construyeran nuevos tipos de máquina de vapor, incluso bajo su licencia' -- T. S. Ashton, 1948:10). Un ejemplo reciente (también relacionado con el cultivo del algodón) se ha dado en el campo de la 'bio-tecnología': «En Octubre de 1992, la Oficina de Patentes de Estados Unidos sorprendió a la comunidad de biotecnología agrícola al otorgar a una sola empresa, Agracetus Inc. de Middleton, Wisconsin, una patente para derechos sobre toda forma de ingeniería genética en algodón -no importa cuáles técnicas o genes sean usados para crearlas. 'Es como si el inventor de la línea de ensamblaje hubiese obtenido derechos de propiedad sobre todos los bienes producidos en masa, desde automóviles hasta lavadoras de ropa,' dice Jerry Caulder, ejecutivo de Mycogen Corp. de San Diego» (Richard Stone, 1995:656). Por último, cabe mencionar que muchas veces la innovación tecnológica es estimulada precisamente cuando las patentes son poco efectivas. Este fue el caso de la firma Eastman Kodak, que decidió adoptar su conocida política de investigación permanente e 'innovación continua' precisamente como una forma de mantener su liderazgo competitivo ante la imposibilidad práctica de enforzar todas sus patentes (Reese V. Jenkins, 1990:134-136). Presumiblemente, caso de que hubiesen logrado enforzar efectivamente sus patentes, probablemente hubieran dedicado menos recursos para la investigación y desarrollo de nuevos productos, y el desarrollo tecnológico en esta industria hubiera sido menos rápido.

(Por si alguien está interesado en el dato, la patente otorgada a Agracetus es la Nº 5:159,135. Esto significa que entre 1876 y 1992 se han emitido en Estados Unidos cerca de 5 millones de patentes, un promedio de aproximadamente 43,000 patentes por año. En los primeros 86 años del sistema de patentes en ese país, el promedio fue alrededor de 2,000 patentes por año).

18 Un aspecto del problema que no siempre recibe suficiente consideración es que la existencia de patentes podría distorsionar los incentivos, desviando la actividad inventiva hacia productos más fácilmente 'patentables.' Nuevamente, hay que tomar en cuenta que no todos los descubrimientos e innovaciones son patentables (aun cuando pueden ser altamente beneficiosos). Milton Friedman (1962:127) hace un comentario muy interesante a este respecto. Luego de pronunciarse en favor de las patentes, agrega: «Al mismo tiempo, hay costos involucrados. Por una parte, hay muchas 'invenciones' que no son patentables. El 'inventor' del supermercado, por ejemplo, produjo grandes beneficios para sus semejantes y por los cuales no les pudo cobrar. En la medida en que el mismo tipo de habilidad se requiere para ambos tipos de inventos, la existencia de patentes tiende a desviar la actividad hacia inventos patentables». La pregunta de los 64 dólares: ¿Habría realmente menos inventos si no existieran patentes, o simplemente habría diferentes tipos de inventos?

19 Podríamos también plantear la pregunta al revés: ¿Sería razonable suponer que se podría incrementar significativamente el ritmo de invención técnica *ampliando* la duración de las patentes actuales? ¿Valdría la pena hacerlo? Si no, entonces ¿existe alguna razón para suponer que la duración actual de las patentes (entre 16 y 20 años en la mayoría de los países) coincide precisamente con la duración 'óptima'?

Coase, Ronald H.
1986 'Professor Sir Arnold Plant: His Ideas and Influence'. En M.J. Anderson, ed., *The Unfinished Agenda: Essays on the Political Economy of Government Policy in Honour of Arthur Seldon*, pp. 81-90. Londres: Institute of Economic Affairs.

Dahlman, Carl J.
1989 'El Cambio Tecnológico en la Industria en Países en Desarrollo'. *Finanzas y Desarrollo*, 26:13-15.

Denison, Edward F.
1967 *Why Growth Rates Differ*. Brookings Institution.
1974 *Accounting for United States Economic Growth, 1929-1969*. Brookings Institution.

Flink, James J.
1990 'Henry Ford and the Triumph of the Automobile'. En C. W. Pursell, ed., *Technology in America*, pp. 177-89. MIT Press.

Franklin, Benjamin
1970 *The Autobiography of Benjamin Franklin*. Nueva York: Washington Square Press.

Friedman, Milton
1962 *Capitalism and Freedom*. University of Chicago Press.

Hayck, Friedrich A.
1948 'Free' Enterprise and Competitive Order' [1947]. En *Individualism and Economic Order*, pp. 107-118. University of Chicago Press.
1990 *La Fatal Arrogancia*. Madrid: Unión Editorial.

Hounshell, David A.
1981 'Two Paths to the Telephone'. *Scientific American*, 244:156-163.

Jenkins, Reese V.
1990 'George Eastman and the Coming of Industrial Research in America'. En C. W. Pursell, ed., *Technology in America*, pp. 129-141. MIT Press.

Kitch, E. W.
1977 'The Nature and Function of the Patent System'. *Journal of Law and Economics*, 20: 265-290.

Leveson, I. [Wheeler, J.W.] (editors)
1980 *Western Economies in Transition: Structural Change and Adjustment Policies in Industrial Countries*, Boulder: Westview Press.

Machlup, Fritz
1962 *The Production and Distribution of Knowledge in the United States*. Princeton University Press.
1968 'Patents'. *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 11:461-472.

Machlup, Fritz [Penrose, Edith T.]
1950 'The Patent Controversy in the Nineteenth Century'. *Journal of Economic History*, 10:1-29.

Mansfield, Edwin
1968 *Industrial Research and Technological Innovation*. Nueva York: Norton.

Meier, Hugo A.
1990 'Thomas Jefferson and a Democratic Technology'. En C. W. Pursell, ed., *Technology in America*, pp. 17-33. MIT Press.

Neal, L.D.
1980 [Simon, J.L.; -]

Novak, Michael
1997 *The Fire of Invention*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield.

Nutter, G. Warren
1983 Monopoly, Bigness, and Progress [1956]. En *Political Economy and Freedom*, pp. 76-86. Indianapolis: Liberty Press.

Penrose, Edith T.
1950 [Machlup, Fritz; -]

Plant, Arnold
1974 'The Economic Theory Concerning Patents for Inventions' [1934]. En *Selected Economic Essays and Addresses*, pp. 35-56. Londres: Routledge & Kegan Paul.

Pursell, C.W. (editor)
1990 *Technology in America*, MIT Press.

Rozanski, Félix
1987 'La Divulgación Optima de Productos de Alta Tecnología y las Patentes de Invención'. *Derechos Intelectuales*, 2:127-139. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Selected
1974 *Selected Economic Essays and Addresses*. Londres: Routledge & Kegan Paul.

Shaw, Crawford (editor)
1962 *Legal Problems in International Trade and Investment*. Yale Law School.

Sherwood, Robert M.
1992 *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*. Trad. Horacio Spector. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Simon, J.L. [Neal, L.D.]
1980 'Population and Economic Growth in the Western World'. En I. Leveson & J. W. Wheeler, eds., *Western Economies in Transition: Structural Change and Adjustment Policies in Industrial Countries*, pp. 105-134. Boulder: Westview Press.

Solow, Robert M.
1957 'Technical Change and the Aggregate Production Function'. *Review of Economics and Statistics*, 39:312-320.

Spector, Horacio
1991 Patentes de Invención y Bien Social. *Derechos Intelectuales*, 5:129-137. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Stone, Richard
1995 'Intellectual Property: Sweeping Patents Put Biotech Companies on the Warpath'. *Science*, 268: 656-658.

Timberg, Sigmund
1962 'The Effect of the European Common Market on Anti-Trust and Patent Policy'. En Crawford Shaw, ed., *Legal Problems in International Trade and Investment*, pp. 71-88. Yale Law School.

Wheeler, J.W.
1980 [Leveson, I.; -]

Nuestra generación ha olvidado que el sistema de la propiedad privada es la garantía más importante de la libertad.

Friedrich A. Hayek

MILTON ESTUARDO ARGUETA PINTO[1]

Los derechos humanos y el mercado[2]

Sumario

Introducción
1 Los derechos humanos
2 El mercado y el Estado
3 Los derechos humanos: cuando el Estado interviene
Conclusiones
Bibliografía

Introducción

Quizás ninguna institución está tan de moda en nuestros días como la de los derechos humanos. Basta con percatarse de las noticias sobre el acontecer nacional para darse cuenta de la gran influencia que esta figura tiene sobre las más disímiles actividades de la vida diaria. En nuestro país, su notoriedad fue manifiesta a raíz de la promulgación de la actual Constitución. En ella se creó, por primera vez en nuestra historia, una entidad encargada de su salvaguarda y protección. Desde entonces, prácticamente las decisiones más importantes en la vida del país son analizadas y cuestionadas desde la óptica de los derechos humanos.

Sin embargo, el concepto ha ido cobrando cierta 'elasticidad' que, y en nombre de los derecho humanos, produce interferencias de parte del Estado cuando la materia, objeto de discusión, precisamente requeriría lo contrario desde un punto de vista objetivo, o bien, producen inactividad del Estado, cuando la realidad objetiva requiere cabalmente lo opuesto. Así, el Estado interviene en el mercado y se abstiene de actuar con su poder coactivo para corregir graves infracciones al ordenamiento jurídico, como las cometidas contra el derecho de propiedad. Curiosamente, tales actitudes generan exactamente la consecuencia inversa a la que se buscaba.

Al ver los efectos que se originan es claro que el concepto que actualmente se maneja sobre los derechos humanos se ha sobredimensionado y no es el adecuado. Quizás sea necesaria una reorientación o delimitación de la institución, lo que se intentará demostrar en las siguientes páginas.

1 Los derechos humanos

Posiblemente el lector hubiera querido encontrar en este espacio el concepto de los derechos humanos. Aunque hay tratadistas, 'expertos' y obras teóricas que brindan este concepto, antes de entrar a ello es conveniente hacer la siguiente aclaración. En la actualidad, los derechos humanos constituyen una institución que contiene a su vez, por lo menos, otras dos instituciones que tienen características, principios, fines y normativa jurídica totalmente diferentes entre sí. Estas instituciones son los derechos individuales y los derechos sociales. Aunque algunos lo discuten y cuestionan, existe una tercera institución que se ha venido incluyendo bajo el nombre común de los derechos humanos. Esta institución, calificada como 'derechos humanos de la tercera generación' está constituida por una serie de disposiciones relativas a la identidad, libre determinación y libre desarrollo de los derechos de los pueblos. No siendo este el

1 Abogado y Notario. Doctor en Derecho. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.
2 Este artículo ganó el Premio 'Charles L. Stillman', en 1996.

lugar indicado, no se discutirá si es conveniente o no su inclusión dentro de los derechos humanos; basta con mencionar que algunos han considerado que así debe ser y otros no.

No es lo mismo hablar de los derechos individuales que hablar de los derechos sociales, aunque modernamente ambos sean considerados genéricamente como derechos humanos. No es muy difícil establecer la diferencia entre ambos.

Los derechos individuales son históricamente anteriores a los derechos sociales. Durante mucho tiempo, los derechos individuales fueron esencialmente los derechos humanos. Nacieron con la finalidad de proteger y resguardar al individuo del poder del Estado. En otras palabras, se buscaba limitar el ejercicio del poder público con la finalidad de garantizarle al individuo una mayor libertad entendida ésta como la ausencia de la coacción arbitraria que sobre él pueda ejercerse. En esencia, se buscaba restringir la intromisión del Estado en la esfera de libertad del individuo. En consecuencia, las normas reguladoras de los derechos individuales, consuetudinarias o escritas, al restringir la injerencia del Estado lograban que éste no interviniera en la esfera reservada para la actividad individual; su fin era la no intervención del Estado. De esta forma, los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica nacida de los derechos individuales se encontraban perfectamente determinados: el sujeto activo era el individuo y el sujeto pasivo era el Estado. En otras palabras: siendo la imperoatributividad la característica típica de las normas jurídicas en virtud de la cual la norma confiere derechos y obligaciones, había un claro detentador del derecho o facultad y otro claro detentador de la obligación o deber jurídico; en su orden, el individuo y el Estado. En términos jurídicos, los derechos individuales constituían una relación jurídica cuya prestación, a cargo del Estado, era de carácter negativo: no hacer; abstenerse de actuar.

Posteriormente, y reconocidos institucionalmente por primera vez en la Constitución mexicana en 1917, nacieron los derechos sociales. El destinatario de estas normas ya no fue el individuo sino la colectividad. Es la transición entre el individualismo y el colectivismo. El individuo deja de ser lo más importante y su lugar lo pasa a ocupar la colectividad, de tal forma que las necesidades de ésta son las que el Estado debe de satisfacer. Y para satisfacerlas, el Estado debe de actuar y su actuación está precisamente justificada por las normas que regulan los derechos sociales. Antes, la idea era evitar la intervención del Estado en la esfera de actuación del individuo; ahora es al revés, se busca que el Estado intervenga en beneficio de la colectividad a la que el individuo queda subordinado.

Si se analiza la naturaleza de la relación jurídica en estos derechos tomando como punto de partida nuevamente la ya mencionada característica de la imperoatributividad de las normas jurídicas, se verá un cambio en los sujetos de la relación. En efecto, ahora la norma confiere derechos a un grupo social y obligaciones al Estado. De igual manera hay un cambio en la prestación de la relación; antes era de carácter negativo en tanto que ahora es positivo. En los derechos individuales el Estado debe abstenerse de actuar; en los derechos sociales el Estado debe de actuar, debe de intervenir. Sin embargo, hay un tercer sujeto de la relación que normalmente no se toma en cuenta. El análisis tradicional termina con la identificación de los dos sujetos naturales de toda relación, el activo o titular de derechos y el pasivo o titular de obligaciones. Pero en el caso de los derechos sociales, la relación no se agota entre ellos. Obligado a actuar, el Estado debe de identificar un objetivo contra el cual dirigir su actuación, es decir, su intervención deberá tener un destinatario final, que se convertirá en el sujeto a cuyas expensas los derechos sociales se actualizarán. Este destinatario final es el individuo, desplazado de su preeminencia por ese algo difuso e intangible que es la colectividad. De esta forma, las actuaciones del Estado en materia de derechos sociales se hacen invocando el 'interés social'. Al respecto, Daniel F. Walker[3] al comentar el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que en su primer párrafo establece que toda persona tiene el derecho de usar y disfrutar de su propiedad, pero que la ley puede subordinar dicho uso y disfrute al interés de la sociedad, comenta que un término retórico como este último no constituye barrera alguna contra la interferencia del gobierno, ya que lo único que éste debe hacer es declarar que un acto suyo, encaminado en contra de la propiedad privada, es ejecutado en aras del 'interés social', agregando que de esta manera se victimiza legalmente al individuo como propietario. Esta última consideración es muy

3 D.F Walker, 1994:44(9):474 y ss.

importante, pues hace referencia clara al desmedro de los derechos individuales como consecuencia de promulgación de leyes 'de interés social', a través de las cuales el Estado busca la satisfacción de los disímiles intereses de los diversos grupos sociales.

El derecho de los Estados Unidos de América ha acuñado una expresión con la que identifica esta serie de derechos para diferenciarlos plenamente de los que para ellos eran los derechos en su concepción original. En tanto que estos últimos son identificados con el término '*rights*', aquellos se identifican con el término '*entitlements*'.[4] Aunque en nuestro idioma no existe una palabra a la que el término pueda traducirse conservando su significado plenamente, puede decirse que '*entitlements*' equivale a decir '*derechos legales*', o sea, facultades deliberadamente concedidas a grupos sociales por la vía de la legislación.

Curiosa relación jurídica la de los derechos sociales: un ente etéreo e indefinido como titular de derechos, el Estado como titular de obligaciones y el individuo como víctima.

Al principio, esa colectividad era difusa o genérica, pero con el transcurso del tiempo, la misma se fue configurando con grupos diferentes entre sí y, por lo tanto, con intereses disímiles unos de otros. Ahora hay diferentes grupos sociales, tales como trabajadores, desempleados, ecologistas, etcétera, que persiguen sus propios intereses, como buscadores de rentas, y cuya satisfacción el Estado debe procurar a través de los derechos sociales.

Una última comparación antes de pasar a otro punto. En el ámbito de los derechos individuales, el individuo actúa solo, él es el único responsable del logro de sus fines. Por el contrario, en el ámbito de los derechos sociales, los fines únicamente pueden alcanzarse a través de específicas actuaciones del Estado. Al estar dirigidas estas actuaciones en favor de un grupo, necesariamente reñirán con los intereses de otros.

Ahora puede entenderse, el porqué no es conveniente dar un concepto genérico de los derechos humanos cuando en la actualidad bajo este término conviven instituciones distintas, de fines diferentes y hasta contrapuestos.

Sin embargo, en la actualidad no se hace distinción alguna entre los derechos individuales y los derechos sociales y la actividad o inactividad del Estado se analiza y cuestiona, simplemente, según los derechos humanos.

2 El mercado y el Estado

El mercado es un sistema social de división del trabajo basado en la propiedad privada de los medios de producción; es un proceso puesto en marcha por las actuaciones diversas de los múltiples individuos que bajo un régimen de división del trabajo, cooperan entre sí.[5]

Una sencilla descripción del mercado es la que da Wilhelm Ropke,[6] plantcándole al lector el problema del abastecimiento cotidiano de una gran ciudad, con todos los productos, bienes y servicios que sus habitantes requieren para satisfacer sus necesidades, partiendo desde la que su particular orden de preferencias haya colocado en el primer lugar, hasta llegar a la última. Así, a diario se producen tantas toneladas de carne, harina y mantequilla; tantas resmas de papel; millones de cigarrillos; cientos de yardas de tela; en fin, mil cosas más. Y todo ello habrá de acomodarse al mes, al día, a la hora, al momento exacto en que el demandante de esos satisfactores los requiere y en las cantidades y calidades exactas que éste solicita. Y estos demandantes, a su vez, han obtenido los recursos con los que adquieren esos satisfactores de otros oferentes, habiéndose convertido ellos con anterioridad de oferentes de otros tantos satisfactores requeridos por otros demandantes, en un largo y perfecto proceso de intercambio. Y en este momento, el autor con elocuencia se pregunta: '*¿Pero quién vela por la coordinación y, por tanto, por el curso ordenado del proceso?*' Y la respuesta asombra por su sencillez: nadie. Con meridiana claridad, explica que '[...] *no hay ningún dictador que, abarcando el conjunto con la mirada, destine los hombres a las distintas ocupaciones, que prescriba que debe producirse y cuánto debe producirse y llevarse diariamente al mercado de cada mercancía*'.[7] Impera el principio de

4 S. Yates, 1994:44(9):478 y ss
5 L. von Mises, 1972:1 y ss.
6 W. Ropke, 1974:9 y ss
7 W. Ropke, 1974:12

que los hombres siguen su propio criterio en todas las decisiones económicas de producción, consumo, ahorro, compra y venta.

El hecho de que el sistema funcione ordenadamente sin que existiera un ordenador hizo que Adam Smith acuñara la metáfora de la 'mano invisible' para explicar su funcionamiento. Un sistema en el que la coordinación de sus actores se autogenera; se produce espontáneamente, es decir, no como fruto deliberado ni planificado. Una coordinación que se logra al actuar cada quien para satisfacer sus propios intereses haciendo aquello para lo que es más apto. De ahí el término de anarquía ordenada con el que también se explica la mecánica del mercado.

Pero falta un ingrediente más dentro del proceso del mercado. Veamos: la característica fundamental del mercado es la preponderancia de la libertad individual de tal forma que no puede concebirse el mercado como tal si no existe libertad individual en cada uno de sus agentes. Dentro del sistema, el individuo es libre de actuar en su propio beneficio. Dentro del sistema, la labor de preveer cualquier daño que un individuo pueda causarle a otro en ejercicio de su libertad individual en la búsqueda de su propio beneficio le corresponda al Estado. Su herramienta para el efecto es el ordenamiento jurídico. De esta forma, las normas jurídicas constituyen los límites que demarcan el campo dentro del cual el individuo puede actuar libremente, a través de disposiciones generales que permiten preveer a todos los individuos por igual las consecuencias de su comportamiento. Como escribe Hayek cuando compara la ley general con los mandatos específicos '*el tipo ideal de ley, en cambio, proporciona simplemente una información adicional a tener en cuenta en el momento de adoptar una decisión*'.[8] Hasta ahí la intervención del Estado.

Al respecto, James Buchanan comenta que '*el gran descubrimiento intelectual del siglo XVIII fue el orden espontáneo del mercado, el descubrimiento de que, bajo un conjunto o estructura apropiada de reglas (Leyes e instituciones en la terminología de Smith), los individuos, persiguiendo sus propios intereses, pueden promover el de los demás. El resultado es ese gran aparato de coordinación social /.../ que todavía después de los siglos supera todo lo imaginado, cuando se le valora como una empresa en colaboración. Sin embargo, la cooperación de los agentes en el mercado no requiere ni que entiendan su estructura ni que su comportamiento trasciende los ordinarios principios de moralidad. Lo que se requiere es un apropiado 'contexto constitucional', una apropiada estructura de reglas, con sus prescripciones o normas para mantenerla en funcionamiento*'.[9]

El ingrediente que faltaba en el mercado era el Derecho, y ésta es la relación entre ambos.

Todo el sistema opera por sí solo, sin necesidad de que alguien lo dirija. La cita de Hayek dice que la ley se convierte en una información adicional que se debe tomar en cuenta al momento de adoptar una decisión. Es conveniente explicar a partir de esta cita cómo funciona el mercado para que con la explicación quede claro el único papel que el Estado debiera jugar en el sistema. El hablar de una 'información adicional' significa que quienes actúan en el mercado tienen ya a su disposición información que les servirá para su toma de decisiones. Esta información se encuentra dispersa. Nadie es tenedor único o absoluto de la misma. Cada quien tiene un conocimiento propio que otra persona no tiene y que, sin embargo, a esta última le resultaría provechoso a la hora de tomar una decisión. Este conocimiento que se encuentra disperso se transmite de persona a persona mediante un sistema que le indica a los interesados qué recursos escasos se encuentran disponibles, en dónde se encuentran, cuánto cuesta adquirirlos y de qué es necesario prescindir para obtenerlos (costo de oportunidad). Toda esta información se expresa en un dato numérico cuya trascendencia radica en que de manera sencilla y ágil, pero, sobre todo confiable, transmite el conocimiento disperso entre varios agentes. Este dato numérico es el precio. El sistema de precios concentra en una expresión numérica toda la información dispersa en el mercado para que cualquier persona pueda realizar con base en el mismo, lo que se denomina el '*cálculo económico*', es decir, la toma de decisión sobre qué recursos obtener, dónde obtenerlos, qué producir, cuánto producir, dónde producir y de cuánto habrá de prescindir a cambio de obtener el satisfactor deseado. Es importante mencionar que todos los que intervienen en el mercado, en cualquiera de las facetas que éste presente, sin importar su 'tamaño' como agente, operan basados en

8 F.A. von Hayek, 1992:247
9 J. M. Buchanan, 1993:20

el cálculo económico. Es fácil entonces arribar a la conclusión de que si no hay sistema de precios o si el que existe no es confiable, no es posible realizar el cálculo económico.

¿Y cómo se forma el precio? Quizás debería de formularse mejor esta pregunta: ¿Cuánto vale una cosa? La respuesta es muy sencilla: vale lo que el mercado está dispuesto a pagar por ella.[10] Esta respuesta resume en pocas palabras el procedimiento de formación del precio. Si el bien vale lo que el mercado está dispuesto a pagar por él, el precio del bien lo fija el mercado según las preferencias de sus actores. Es decir, el precio se forma con base en las preferencias del consumidor respecto del bien, preferencias que determinan cuánto de ese bien habrá de ofertarse. El precio se forma mediante el libre juego de las fuerzas de la oferta y la demanda. Los sujetos que intervienen en el mercado toman sus decisiones gracias a la información que el sistema de precios les transmite. Esta información se complementa con la suministrada por el ordenamiento jurídico.

La estructura de la norma jurídica se compone de dos elementos: el supuesto y la consecuencia. La realización del supuesto genera la consecuencia prevista en la norma. De esta forma, el derecho cumple con uno de sus más importantes valores, la seguridad, entendida ésta como la certeza que cada individuo tiene respecto de los efectos que puedan generar sus actos o los de sus semejantes. En otras palabras, al cálculo económico se agrega la certeza de saber a qué atenerse si se actúa de tal o cual forma. De manera muy sencilla y sucinta, éste es el mercado.

En este momento es conveniente volver la vista nuevamente al Estado y tratar de encontrar cuál es su participación en el sistema que se ha descrito. La respuesta vuelve a ser sencilla. No tiene ninguna participación distinta o mayor que la que debiera tener cualquiera de los otros sujetos que intervienen en el mercado. Veamos: el Estado no es dueño de la información total o absoluta; será poseedor de alguna información como cualquiera de los otros agentes. Y como cualquiera de los otros necesitará conocer la restante información dispersa para tomar sus decisiones. En consecuencia, necesita también del sistema de precios en cuya formación no interviene más que como un demandante o eventual oferente. El Estado no es pues, más que el garante de que el sistema funcione al ser el encargado de resguardar el marco que delimita el campo de actuación de las personas, marco formado por el ordenamiento jurídico que únicamente puede ser impuesto por la fuerza, en caso de ser necesario, por el Estado como único poseedor del poder coactivo. En todo lo demás, el Estado no debe intervenir. Para que el sistema funcione, el Estado debe abstenerse de actuar. De nuevo, presente aquella prestación negativa que ya se había mencionado.

3 Los derechos humanos: cuando el Estado interviene

Según lo expuesto, el Estado no interviene dentro del campo de actuación reservado para los particulares en ejercicio de su libertad individual. Todo el proceso fundamentado en el cálculo económico se basa en la libre actuación de los individuos. En uso de esa libertad se forman los precios de manera veraz y confiable y el sistema concentra y transmite la información dispersa, permitiéndole a cualquiera tomar su decisión (cálculo económico) con la certeza de saber que la información que le ha servido para ello es fidedigna. Al tomar la decisión, sabe de antemano que el ordenamiento jurídico la garantiza el resultado de la decisión tomada en cuento a hacer previsibles sus efectos, sean éstos positivos o negativos para él. Será hasta ese momento en que quizás se requiera que el Estado intervenga y restituya el ordenamiento jurídico transgredido para devolver la certeza a los individuos. Si quisiera buscarse una equiparación con la concepción original de los derechos humanos, se estaría hablando de los derechos individuales en donde el deber del Estado era el mismo: no intervenir.

Sin embargo, al amparo de los derechos humanos el Estado hace ahora exactamente lo contrario: interviene. En este momento es necesario establecer lo siguiente: ¿qué justifica la intervención del Estado y cuál es el resultado objetivo de esa intervención?

La primera interrogante tiene su respuesta en los derechos sociales. Desde esta óptica, el individuo ha dejado de ser el centro de respeto del Estado y ahora su lugar lo ocupa la colectividad. El anterior esquema que se basaba en la realidad de que las necesidades son ilimitadas y los satisfactores escasos por lo que

10 F.A. von Hayek, 1990:79

cada quien tenía que hacer una correcta asignación de recursos basada en su particular cálculo económico, pasa a ser sustituido por otro esquema en el que se considera que el Estado debe intervenir para asegurarle a los grupos sociales desposeídos el poder contar con más satisfactores para sus necesidades y entonces el Estado pasa a ser quien provee de esos satisfactores o quien regula la asignación de los mismos según él lo crea conveniente.

Desde la perspectiva de la opción pública, este esquema puede analizarse en atención al fenómeno de la politización de la Economía y su asociación con el auge de la democracia. Quizás deba explicarse que en este contexto, la democracia viene a ser entendida como el ideal de igualdad participativa de todos en todo, incluyéndose en esa participación la satisfacción de sus necesidades mediante la correspondiente asignación de recursos. En el logro de esta pretensión entran en juego los derechos sociales. Basta revisar la Historia para darse cuenta de que se ha hecho una curiosa relación entre democracia y derechos sociales en el sentido en que más 'democrática' es una sociedad cuando más tutelados se encuentran los distintos grupos que la integran, pues se argumenta que de esta manera, se logra la participación de 'todos los sectores'. En tal sentido y congruente a lo que se ha dicho de que no es posible conocer ni las necesidades de todos ni qué es lo más conveniente para todos (*el conocimiento se encuentra disperso*), con el objeto de dar cumplimiento a esos derechos sociales, el Estado comenzó a priorizar cuáles eran las necesidades de esos grupos y dispuso la asignación de recursos para cubrirlas. Así, es el Estado el qué hace el cálculo económico de los del grupo social, pues éste, ente abstracto y etéreo, no puede realizarlo por sí mismo.

Para esta concepción '*la tarea principal de la Economía consiste en preparar las resoluciones que han de adoptarse en el campo de la política económica. Convierte a los economistas en asesores de la política desarrollada por un déspota benevolente del que emana toda fuente de valor y de conocimientos*'.[11]

Antes de responder la segunda interrogante, es conveniente explicar cómo realiza el Estado esa asignación de recursos. Para el efecto, debe recordarse que los derechos humanos imponen al Estado una obligación de actuar, así que en términos generales, puede decirse que el Estado logra esa asignación interviniendo. ¿Y en qué interviene? Pues precisamente interviene en el sistema que lograba una automática asignación de recursos mediante un proceso en el que no habían tutelas sino que cada quien actuaba guiado por sus propias preferencias: el mercado. Esa intervención en el mercado la realiza de dos formas: manipulando el sistema de precios para hacer, según su punto de vista, asequibles bienes y servicios también a los grupos más necesitados, o bien, redistribuyendo la riqueza que el mercado ya había distribuido espontáneamente.

Este último punto merece una explicación adicional: El Estado se ha convertido ahora en el ente que debe proveer satisfacción a las necesidades de distintos grupos. Su actuación, pues está guiada por el interés social. En tal sentido, el Estado se abroga el papel de satisfactor de esas necesidades sociales y se convierte en prestatario de servicios de la más variada naturaleza. El costo de la prestación de esos servicios es asumida por el Estado; en otras palabra, el Estado gasta para prestar esos satisfactores. Este es el segundo mecanismo de intervención: el incremento del gasto público. El Estado únicamente tiene dos fuentes para obtener recursos con los cuales cubrir el incremento del gasto público: a través de impuestos o mediante la emisión de moneda. Aunque una medida es preferible a la otra, las dos causan efectos negativos al individuo. En el primer caso, un individuo estará entregando obligadamente al Estado parte de su riqueza sin necesariamente recibir nada a cambio, como sería el caso en que no utilice los servicios prestados por aquel. En el segundo caso, el individuo estará sufriendo una confiscación de sus ahorros, pues al incrementarse la masa monetaria en circulación, su dinero valdrá menos y, por lo tanto, serán menos los bienes y servicios que con el mismo pueda adquirir, si se compara con el momento en que decidió ahorrar.

Hechas estas consideraciones, puede verse el porqué la respuesta a la segunda interrogante es la más importante. Cuáles son las consecuencias de que el Estado intervenga:

Si su intervención se manifiesta en una manipulación del sistema de precios, puede decirse lo siguiente:

a- La asignación de recursos se basa en el cálculo económico que descansa sobre el sistema de pre-

11 J. M. Buchanan, 1993 12

cios libremente formado. Cuando el Estado interviene en la formación de precios, ya sea mediante la implementación de precios topes o declarando por medio de sus organismos que el monto de tal o cual precio no debe ser ese, pues es violatorio de los derechos humanos ya que su cuantía no permitirá que todos tengan acceso a ese satisfactor, el sistema de precios ha sido alterado y la información que transmite ya no es confiable;

b- Al no ser confiable, el sistema de precios ya no puede ser utilizado como base del cálculo económico;

c- Al no poder realizarse el cálculo económico, no es posible hacer una correcta asignación de recursos;

d- Al no ser posible una correcta asignación de recursos, serán más los que no cuenten con esos satisfactores;

e- La justicia conmutativa propia de las relaciones libres es desplazada por la justicia distributiva. El Estado decide a quién dar, cuánto dar y cómo dar, pero, sobre todo, a quién hay que quitarle arbitrariamente para que otros reciban. La característica fundamental del intercambio libre es que ambas partes se benefician; en la distribución, una parte se beneficia a expensas de otra;

f- Ya no hay certeza jurídica, porque como consecuencia de la preponderancia de la justicia distributiva, el individuo ya no sabe a qué atenerse, pues aunque el ordenamiento jurídico que a él lo garantizaba en su actuacioncs exista, probablemente el Estado decida no implementarlo, pues podría ser perjudicial a determinado grupo.

Si la intervención del Estado se manifiesta mediante la vía impositiva o mediante el incremento de gasto público, las consecuencias son la redistribución de la riqueza y la confiscación del ahorro por la inflación, en la forma ya mencionada.

Finalmente, en cualquier caso, la Economía se convierte en una ciencia de fines y no de medios.

Ejemplos hay muchos, pero es suficiente conocer dos de mucha actualidad: el precio del servicio de energía eléctrica y el derecho a la propiedad privada en el caso de las recientes invasiones de fincas. Veamos: Cuando el ex presidente Ramiro de León Carpio fungía como Procurador de los Derechos Humanos, la Empresa Eléctrica de Guatemala incrementó el precio de sus tarifas para la prestación del servicio de suministro de energía eléctrica, argumentando estar atravesando por una difícil situación financiera de la que no saldría avante si no cobraba lo que el servicio realmente valía en el mercado. En una cuestionable actitud jurídica, el Procurador de los Derechos Humanos impugnó el alza de la tarifa argumentando que violaba los derechos humanos de los consumidores más desposeídos, pues éstos no podrían pagar la prestación del servicio. La Corte de Constitucionalidad declaró con lugar la inconstitucionalidad del aumento. Años más tarde el ex procurador se convierte en el trigésimo noveno Presidente dc la República. Bajo su gestión, la Empresa Eléctrica de Guatemala intenta de nuevo el incremento de las tarifas basada en los mismos argumentos. Curiosamente, esta vez el Presidente está consciente de la situación y se pronuncia en favor del aumento, aunque disfrazando su posición con retórica intrascendente como era su costumbre. El nuevo Procurador de los Derechos Humanos y un particular impugnan el alza argumentando violación a los derechos humanos y la Corte de Constitucionalidad resuelve prácticamente igual. El sistema de precios deja de ser un indicador confiable para la realización del cálculo económico porque el Estado, con su intervención, lo ha distorsionado. Pero seguramente el efecto más negativo es que no siendo posible la correcta y eficaz asignación de recursos, el servicio seguirá siendo prestado en las mismas condiciones y a los mismos beneficiarios y aquellos que no gozaban de ese satisfactor seguirán sin gozar del mismo, es decir, sin que sus necesidades de este servicio sean satisfechas. El efecto fue el contrario al que políticamente se buscaba.

Vamos al otro caso. La *Constitución* garantiza el derecho de propiedad privada dentro de la normativa de los derechos individuales. Sin embargo, como en alguna oportunidad lo dijera un funcionario de la Misión de Naciones Unidas para Guatemala, éste no es un derecho humano como sí lo es la necesidad de tierra por parte de quienes no son propietarios. De esta forma, se producen invasiones a la propiedad privada. El ordenamiento jurídico es transgredido y el Estado, en lugar de actuar para restituirlo, adopta una actitud pasiva que podría interpretarse hasta de tutela hacia esos grupos y no procura una restitución rápida ni eficiente del ordenamiento jurídico violado. Ya no hay certeza jurídica. Las normas que delimitaban la actuación de los individuos y que les permitían prever con seguridad el resultado de sus actuaciones sabiendo a qué atenerse, se vuelven líricas e ineficaces, pues ahora tienen prioridad los derechos humanos de

los invasores. Hasta las fuerzas del orden, cuando en cumplimiento de una orden judicial se deciden a desalojar a los usurpadores, son objeto de fiscalización para ver si en su procedimiento no violan los derechos humanos de quienes han infringido el derecho. Aquella información adicional que la ley transmitía a los actores del mercado deja de ser veraz y útil.

Conclusiones

En nuestro medio, los derechos humanos se entienden como las normas que permiten la tutela del Estado para con determinados grupos sociales, tutela que se lleva a cabo mediante la intervención del Estado en distintas actividades que no son parte de su competencia. Esta intervención ha vuelto ineficiente e inoperante el mercado al manipular su sistema de precios, al redistribuir la riqueza ya distribuida espontáneamente por éste y al hacer que el ordenamiento jurídico deje de transmitir certeza. De esta forma, el cálculo económico ya no es confiable y no existe una correcta asignación de recursos con lo que muchas necesidades continúan sin ser satisfechas, efecto contrario a lo que precisamente era la intención del Estado al actuar.

Los derechos individuales, aquellos que garantizaban la propiedad privada, la integridad y la libertad individual limitando el poder del Estado han pasado a un segundo plano, pues el individuo ha cedido su lugar ante el colectivismo. En tal sentido, cuando los grupos tutelados por el Estado transgreden el ordenamiento jurídico como en el caso de las violaciones al derecho de propiedad privada, el Estado opta por proteger el interés de la colectividad no importando que la conducta de ésta sea contraria al derecho (antijurídica) y se abstiene de actuar con su poder coactivo para enmendar el quebrantamiento del orden jurídico producido por dichas actuaciones.

En última instancia, el mercado vuelve a sufrir estas consecuencias, pues a la inoperancia que le causa la intervención del Estado en el sistema de precios y asignación de recursos y en la redistribución o confiscación de la riqueza, se agrega la falta de certeza de la que ahora adolece al ya no poder contar con el Derecho como un conocimiento adicional, conveniente y útil a la hora de tomar una decisión. En otras palabras, ya no hay certeza ni posibilidad de prever.

Los derechos sociales, identificados hoy casi plenamente con los derechos humanos, no son el medio idóneo para proveer de satisfactores a determinados sectores del mercado. La única forma en que los satisfactores podrán llegar a más demandantes es mediante una correcta asignación de recursos. Para ello, es necesario un sistema de precios real que permite un cálculo económico confiable. Esto permitirá que al mercado concurran más oferentes de aquellos satisfactores que se demandan, si estos oferentes gozan de la información que los precios les transmiten, más la certeza de saber cuál será la consecuencia de su actuar, certeza que únicamente puede brindar el Derecho.

Bibliografía

Balsells Tojo, Alfredo
1994 *Los derechos humanos en nuestro constitucionalismo.* Guatemala: Procuraduría de los Derechos Humanos.

Buchanan, James M.
1993 *Economía constitucional.* Trad. Juan J. Fernández Cainzos. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

Hayek, Friedrich von
1995 *El orden de la libertad.* Rigoberto Juárez Paz, traductor. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.
1990 *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo.* Luis Reig Albiol, traductor. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.

Hazlitt, Henry
1973 *La economía en una lección.* Guatemala: Universidad Francisco Marroquin.

Lee, Jeffery G.
1995 'Hail to Prices!' *The freeman*, 45(7):452-456.

Mises, Ludwing von
1972 *El mercado.* Guatemala: Centro de Estudios Económico-Sociales.

Montiel y Duarte, Isidro
1983 *Estudio sobre garantías individuales.* México: Editorial Porrúa.

Ropke, Wilhelm
1974 *Introducción a la economía política.* José María Jimeno, traductor. Madrid: Unión Editorial.

Walker, Daniel F.
1994 'Property Rights, American Constitutionalism, and International Human Rights Law'. *The freeman*, 44 (9):474-478.

Yates, Steven
1994 'Rights Versus Entitlements'. *The freeman*, 44 (9):478-480.

LUIS FERNANDEZ MOLINA[1]

Los efectos de la globalización económica en el Derecho laboral

Sumario

1 Globalización
2 Reseña histórica del Derecho laboral
3 Principios básicos del Derecho laboral
4 Momento histórico
5 Derecho evolutivo
6 Nuestro sistema normativo
7 ¿Interpretación errónea?
8 Flexibilidad y cambios estructurales
9 Derecho individual y colectivo
10 Negociación colectiva
Conclusiones

1 Globalización

Globalización es un término que ocupa un lugar destacado dentro del léxico común de varias actividades humanas. Hasta hace unos 10 años era un concepto privativo de economistas y sociólogos, especialmente de aquellos etiquetados como *futuristas*, pero poco a poco la misma inminencia de sus efectos ha generalizado el uso repetitivo de *globalización*. Esta puede entenderse en muchos aspectos, pero como se desprende del término se hace referencia a que todos los humanos vivimos en este planeta en forma de globo; que las distancias se han disminuido -si es que no han desaparecido- y las fronteras nacionales se han desdibujado. La primera avanzada de la globalización y una de las más importantes es de tipo comercial: la libertad de comercio; la eliminación de barreras artificiales que coarten el libre tránsito de mercancías y servicios entre los diferentes países. Lo anterior converge en un nuevo orden, que algunos aplauden y otros temen, en el que destaca la competencia.

Sin embargo, el término *globalización* debe tener una incidencia concreta y perceptible en nuestros sistemas normativos; debe 'aterrizar en terreno firme, caso contrario se quedaría como un mero tema de análisis, reflexiones y elucubraciones. La globalización cobra sentido en cuanto sus efectos cuestionen el actual orden iuslaboral y promuevan o insinúen cambios en el mismo.

Si las premisas básicas de la globalización son las de una abierta competencia internacional entonces cabe preguntarnos si somos o no competitivos respecto de otros países. Al decir competitivos estamos planteando el tema de si somos productivos, esto es, si logramos producir artículos o servicios de igual calidad a mejores precios o de mejor calidad a los mismos precios. Es claro que son muchos los elementos que inciden en este resultado: carga fiscal, infraestructura productiva, idiosincrasia, disciplina laboral, riqueza natural y en general factores de organización social. Pero en todo caso los costos de producción ocupan un lugar preponderante y dentro de estos costos el rubro de mano de obra acapara un alto porcentaje.

2 Reseña histórica del Derecho laboral

El péndulo que marca el ritmo histórico de los movimientos sociales nos ha dejado como un legado al Derecho laboral. La eterna dinámica de confrontación de fuerzas opuestas que provocan el tránsito de un extremo al otro, la acción y reacción y que nunca

1 Abogado y Notario Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín

se detiene en el medio, crearon el escenario propicio para el surgimiento de esta disciplina.

En efecto, primeramente el liberalismo económico surgió como producto de las ideas libertarias de la revolución francesa y como resultado del repunte económico de la revolución industrial (1790 a 1830 aproximadamente). Después de muchos siglos de lucha frente al poder centralizador de los gobiernos se consideró el momento oportuno para exigir al Estado que no interviniera en el desarrollo de la actividad productiva y más concretamente en la contratación laboral (que se limitara a su función de seguridad e impartir justicia). Que la fijación de las condiciones de trabajo quedaran a la libre decisión de las partes o más aún a las leyes del mercado.

Se acrecentó la brecha entre los dueños de los medios de producción y los trabajadores, se polarizó. El cuadro demográfico de los países industriales de Europa cambió significativamente. En un primer estadio ante las tentadoras ofertas de salarios seguros los pobladores abandonaron la incertidumbre de la campiña y emigraron a las ciudades industriales. En esta primera etapa el trabajo se apreció, el obrero era por necesario, bienvenido en las fábricas. Por ello las ciudades empezaron a atraer a la gente del campo en un flujo constante que aún hoy no se detiene. Pero llegó un momento que el flujo humano excedía a la capacidad de absorción, la oferta de mano de obra se duplicó y luego decreció la demanda de los industriales. El trabajo se depreció, el obrero era rechazado. De ahí se dieron los abusos que caracterizan a la revolución industrial.

Incidentalmente la concentración de grandes grupos humanos hacinados en los cinturones urbanos, creó un nuevo concepto de clase, de clase desprotegida, de clase explotada, de clase trabajadora; y fue este sector de la sociedad el que exigió de los gobiernos que abandonaran su política de 'no intervención' y retomaran una función activa, una participación efectiva, para remediar esos grandes males emergentes que ocasionaban grandes perjuicios a la clase trabajadora y amenazaban con un incontrolable desorden social.

La respuesta de los gobiernos no se hizo esperar. Variando de tónica según el Estado, finalmente intervinieron en el orden productivo de los países. Limitaron la reinante libertad absoluta de contratación imponiendo algunas restricciones: jornadas máximas, límites de edad, protección a la maternidad, salarios mínimos, vacaciones obligatorias, etc. Estas primeras normas aisladas fueron la simiente de lo que con el transcurrir de los años sería el Derecho laboral.

Por lo mismo no puede fijarse fecha fija del surgimiento del Derecho laboral ya que varía según los países y según su respectivo proceso de formación, aunque como aspectos comunes se señalan de 1830 a 1850, y en todos los casos como un elemento de protección a un sector de la población que venía siendo, especialmente las mujeres y los menores de edad.

Es importante destacar que el Derecho laboral surgió en un momento en que se laboraban jornadas de trabajo de 14 y aún más horas al día; en que el concepto de vacaciones era inexistente; en que las condiciones de salud eran deplorables; en que no existía ningún tipo de seguros laborales; en que los sindicatos eran ilegales y el concepto de negociación colectiva era impensable.

3 Principios básicos del Derecho laboral

Como antes lo indico, el Derecho laboral nació con una clara vocación de proteger a los trabajadores. Por ello su vocación tutelar es parte consubstancial de su existencia. En otras palabras si el Derecho laboral no fuera tutelar no tendría razón de ser, no sería Derecho laboral. La tutelaridad del Derecho laboral se contiene en una serie de normas constitucionales y legales a las que adelante hago referencia. Consecuencia y complemento del principio tutelar el Derecho laboral debe ser también imperativo y evolutivo. Si las normas del Derecho laboral no fueran imperativas se quedarían como una declaración de buenas intenciones; para que tengan eficacia deben tener una aplicación forzosa, de ahí que muchos autores destaquen su característica de *orden público*; esto es, que no admita acuerdos o arreglos en contradicción de sus disposiciones.

Esa imperatividad se traduce en una irrenunciabilidad de derechos. La imperatividad de las normas laborales se impone frente a las partes y aún frente al mismo trabajador. No se pueden renunciar sus normas. Cabe adelantar aquí una de las primeras preguntas de fondo: ¿qué derechos son los que no se pueden renunciar? Y si el Derecho laboral está constantemente procurando derechos y beneficios a los

trabajadores es por lo mismo un sistema evolutivo, que avanza con una dinámica desconocida en otras disciplinas jurídicas en procura de beneficiar a sus pupilos, los trabajadores. Es pues una colección y adición de beneficios que se van sumando en un anhelo último de igualar las condiciones de los trabajadores y de los patronos. Es una corriente que circula en una misma dirección y que acaso puede detenerse, pero nunca puede tomar una vía contraria. Todo eso se traduce en que los derechos laborales no pueden renunciarse ni retrocederse, como reza el pasaje constitucional: 'derechos (...) irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva'.

Conforme lo anterior no cabe dentro del rígido universo laboral la renuncia o tergiversación de derechos y por lo mismo sería inadmisible el concepto de *flexibilización* que precisamente se opone a la rigidez de sus postulados.

Pero al referirme a la rigidez no lo hago en el sentido de la institución, sino que de su producto.

4 Momento histórico

Cada etapa del desarrollo de la humanidad ha estado marcada por las gestas o instituciones que han surgido como producto de su momento histórico. El Derecho laboral surgió como una reacción y una exigencia ante lo que se consideró el abandono de los estados, que permitió la explotación de los trabajadores por parte de los dueños de medios de producción. En esos momentos en que los abusos llegaron a extremos deplorables emergió como un adalid el sistema normativo que iba a imponer ciertos límites al abuso de los patronos para evitar que siguieran las arbitrariedades contra los trabajadores.

Las condiciones del surgimiento de este sistema normativo fueron propicias y necesarias en esas circunstancias. Y como era de esperar surtió sus efectos que modificó el estado de cosas anterior; se logró un cierto grado de equilibrio en las contrataciones. El nuevo Derecho iba a desbancar al Derecho civil en cuanto a regular las relaciones de trabajo. La franca desigualdad entre patrono y trabajador se empezó a superar en un proceso que, según algunos autores, no se ha logrado detener y ha creado por el contrario una nueva desigualdad, sólo que esta vez en favor del trabajador. Por tratar de superar una desigualdad se han creado nuevas desigualdades.

En todo caso, el entorno general no es el mismo, y creo fundadamente que no se va a repetir ese momento histórico de la primera mitad del siglo pasado en que se incubó el Derecho laboral. El reconocimiento y respeto de los derechos humanos no daría lugar a ningún retroceso en ese sentido.

Sin duda alguna el Derecho laboral ha cumplido una faena histórica. Pero, ¿ha concluido su cometido? O, ¿hasta cuándo va a dar por cumplido su cometido? O es que para seguir fiel a su cometido debe revisar su sistema fundamental. Es claro que siempre debe procurar el beneficio del trabajador, pero éste se obtendrá únicamente reclamando del patrono más y más prestaciones. Planteamiento que cobra mayor sentido en la medida que los hechos del exterior -la globalización- es un hecho innegable e inminente.

5 Derecho evolutivo

Si a lo anterior agregamos que todo derecho debe ser evolutivo y realista, que debe responder a las necesidades específicas del momento social, cabe preguntar si el Derecho laboral debe también evolucionar sobre todo a la luz de los efectos de la globalización. Pero en un concepto diferente de evolución, en lo que sería un concepto estructural de evolución. Ya no de forma sino de fondo. Ya no procurar la mejora de los trabajadores por medio de un incesante reclamo de prestaciones irrenunciables frente al patrono sino dentro del marco de una abierta negociación reconociendo de por medio intereses comunes. Sería ingenuo desconocer que entre empleador y laborantes siempre van a existir algunos intereses encontrados: los salarios, las prestaciones. Pero el círculo se ha ampliado, se ha internacionalizado. Ya no sólo importan las leyes laborales de un solo país que se aplican forzosamente a sus trabajadores y patronos. Participan otros trabajadores y patronos, de otros países a quienes 'nuestras' leyes laborales no les aplican pero cuya actuación incide en nuestro desenvolvimiento.

Hasta hace poco la creación de las leyes laborales eran determinados por variables económico sociales internas. Actualmente lo interno, en medida cada vez mayor, debe tomar en cuenta a lo que sucede en el extranjero.

6 Nuestro sistema normativo

Todo el edificio iuslaboral guatemalteco se construye sobre los cimientos tutelares desde que apareció el código en 1945. Sin perjuicio de la jerarquía constitucional me referiré primero al código por cuanto fue el primero en aparecer y, además, fue inspiración de las diferentes constituciones. Desde su emisión el código ha tenido pocas modificaciones, entre las que destacan la de 1961 y la de 1992. Pero los considerandos son prácticamente los mismos.

Para tener una primera aproximación a nuestro sistema normativo quiero hacer comentarios de algunos pasajes de los considerandos así:

En el literal a) de dichos considerandos se establece que 'el derecho de trabajo es un derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de éstos, otorgándoles una protección jurídica preferente', afirmación que no merece mayores comentarios por cuanto de entrada se declara su vocación tutelar y compensatoria.

En el literal b) aparece que 'el derecho de trabajo constituye un mínimum de garantías sociales, protectoras del trabajador, *irrenunciables* únicamente para éste y llamadas a desarrollarse posteriormente en forma dinámica, *en estricta conformidad con las posibilidades de cada empresa patronal*, mediante la contratación individual o colectiva, *y de manera muy especial, por medio de los pactos colectivos de condiciones de trabajo* [...]'; (los resaltados son míos). En la parte transcrita se destacan varias de las características más conspicuas del Derecho laboral: que es un derecho imperativo sobre todo frente al mismo trabajador, quien no puede renunciar a su aplicación, esto es, a los beneficios que el sistema normativo le brinda; por eso, se declara que es *irrenunciable*, calificativo que en la implementación y desarrollo de sus normas se repite con insistencia. Pero más que el carácter imperativo en este literal se destaca el principio evolutivo de la disciplina en el sentido de constituir derechos mínimos, pero con marcada vocación de ser constantemente superados por acuerdos entre las partes. Hasta este punto los considerandos no proporcionan mayores elementos de juicio respecto de cuáles son esos derechos que no pueden renunciarse: si son los mínimos de la Constitución o del Código de Trabajo, si los que provienen de contrato, o los que surgen de pacto colectivo, o son cualesquiera que los trabajadores hayan conquistado. Más adelante aparecerán algunas referencias al respecto.

En el literal c) 'el derecho laboral es un derecho necesario e imperativo, o sea de aplicación forzosa *en cuanto a las prestaciones mínimas* que conceda la ley [...]' Arrojando un poco más de luz sobre el tema que arriba se indica en este literal se dice que el Derecho laboral es imperativo en cuanto a las prestaciones mínimas de ley, dando a entender a contrario sentido que las que no son mínimos podrían no ser de aplicación forzosa o bien que puedan ser renunciadas. Como una implementación de este considerando el artículo 20 del Código de Trabajo establece que 'las condiciones que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, salvo que haya acuerdo entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, *cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa*. Dicha prohibición debe entenderse únicamente en cuanto a las relaciones de trabajo que, en todo o en parte, tengan condiciones superiores al mínimum de protección que este código otorga a los trabajadores'. Este pasaje legal brinda aún más claridad al punto anterior al establecer el carácter de intocable y casi sagrado de el *mínimum de protección* que (éste) el código otorga a los trabajadores (estimo que el texto debió ser más amplio, pues muchos derechos mínimos no provienen directamente del código).

En el literal d) se establece que para resolver un caso determinado 'es indispensable enfocar ante todo la posición económica de las partes' y más adelante que los problemas que surjan deben resolverse con 'criterio social y a base de hechos concretos y tangibles'.

Y finalmente en el literal f) se resalta que el Derecho laboral procura una armonía social que no perjudica 'sino que favorece *los intereses justos* de los patronos'. A este pasaje de los considerandos se vincula con otros incluidos dentro del Código de Trabajo, en primer lugar el artículo 20 antes visto en el sentido de las condiciones cambiantes 'cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa'; como variante de la misma idea el artículo 60 establece que el Reglamento Interior de Trabajo debe comprender las reglas de orden técnico y administrativo necesarias para la buena marcha de la empresa, resaltando ese justo derecho del patrono.

7 ¿Interpretación errónea?

Lo analizado en el punto anterior nos lleva de la mano a la reflexión de si en este medio siglo de vigencia del Código de Trabajo hemos interpretado correctamente nuestro derecho laboral, esto es, en toda su intención, alcance y contexto. Porque si bien estamos frente a un sistema normativo que necesariamente tiene que tutelar y por lo mismo ser parcial, esa parcialidad no debe entenderse absoluta, total, ni insensible a los intereses del otro sector, del patronal, porque ambos grupos están íntimamente concatenados. No porque necesariamente sea válido afirmar que *cuando el patrono está bien el trabajador estará bien*, sino que *cuando el patrono está mal el trabajador estará mal.* El empresario tiene que subsistir para que se abran nuevos puestos de trabajo.

Al haber emergido como un derecho reivindicatorio se consideró a esta disciplina como un instrumento de y para los trabajadores, en beneficio exclusivamente de ellos. Este enfoque parcializado pareció descartar cualquier consideración de los derechos laborales de los patronos. Sin embargo, éstos existen.

Es por ello que atinadamente en los considerandos y en los pasajes del Código de Trabajo, arriba citados, se recalcan l*as posibilidades de cada empresa patronal*, así como las resoluciones con *base* en *hechos concretos y tangibles* y modificaciones favorables al patrono *cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa* y culmina destacando l*os derechos justos de los patronos.*

¿No se habrán sobredimensionado los derechos mínimos?

Entonces el problema podría resolverse con un enfoque diferente y ello nos motiva la interrogante de si ¿nuestro Código de Trabajo tiene la suficiente amplitud y alcances para albergar las mejoras que conlleva la globalización?

8 Flexibilidad y cambios estructurales

Si toda la estructura iuslaboral se sustenta sobre bases de favoritismo, un cambio estructural conlleva implementar un sistema que NO sea tutelar. Si el derecho laboral ha evolucionado y con él el entorno socioeconómico, puede concebirse la idea de que el antiguo molde laboral ha sido el antecedente exitoso de un nuevo orden que se adapte de mejor forma a las nuevas realidades que se imponen por la globalización de la economía. Un nuevo orden que si bien reconozca la contradicción natural de intereses de las partes, destaque también sus puntos de convergencia y, por otra parte, admita la existencia de una nueva competencia con terceros no sujetos a las leyes que nosotros implementemos.

Si, por ejemplo, en una empresa en la que se ha implementado un período de vacaciones de 22 días, ésta a cambio de otros beneficios a los trabajadores, solicita que las vacaciones se reduzcan a 18 días. Es procedente o efectiva la renuncia a pesar del acuerdo de los trabajadores. Hay que recordar que el mínimo legal es de 15 días (abajo del cual estamos claros que no se puede reducir).

9 Derecho individual y colectivo

En el contexto de las nuevas realidades estimo pertinente resaltar la diferencia entre las ramas individuales y colectivas de la disciplina laboral. Si bien ambas se incubaron en el mismo proceso, como hermanas gemelas, el mismo desarrollo y madurez de sus instituciones obliga a distinguir una diferente personalidad entre ellas.

En el plano individual es claro que el trabajador se encuentra en desventaja frente a su patrono, de ahí la tutela, la protección; de ahí la imposición de sus normas y sobre todo la irrenunciabilidad de los derechos. A diferencia en el plano colectivo la contraparte del patrono debe ser un sindicato o un grupo coligado de trabajadores. En este sentido ya no puede hablarse de una marcada desigualdad ya que, por el contrario, se presentan casos en que el sector laboral es aún más fuerte que el patronal. Sindicatos que pueden presionar a una empresa al punto de paralizarla. Ya no podemos invocar aquella debilidad del trabajador y desigualdad de las partes.

En la primera rama, en la individual, es aceptable que aún se mantenga el principio de irrenunciabilidad de derechos: el trabajador puede ser presionado o burlado para que haga tal renuncia. En el terreno colectivo esa renuncia contradice el renovado vigor y por otra parte limita el margen de negociación de los sindicatos.

En el campo individual, la tutelaridad se marca en la imposición de beneficios a los trabajadores y en la ya citada característica de irrenunciabilidad de esos derechos; en lo colectivo la intromisión estatal se

manifiesta en la obligación del patrono de negociar colectivamente y en el reconocimiento del derecho de huelga como un instrumento de presión de los trabajadores.

Es claro que ambas ramas están interrelacionadas. El derecho individual depende cada vez más del colectivo; en un principio las normas laborales eran producto de los organismos estatales: los congresos emitían las disposiciones respecto de las jornadas, vacaciones, bonificaciones, etc., se trataba de normas amplias de aplicación general; ahora la normativa se genera cada vez más en las convenciones colectivas, creándose disposiciones específicas, adecuadas a cada centro o lugar de trabajo. La interferencia estatal ha ido cediendo lugar a que sean los propios protagonistas quienes vaya marcando los parámetros y condiciones de trabajo.

De ahí deriva la importancia de la negociación colectiva como una etapa depurada del proceso histórico laboral.

10 Negociación colectiva

Ahora bien, negociación en estricto sentido significa obtener y otorgar beneficios. Si hablamos de otorgar beneficios a la contraparte, o sea al patrono, en alguna medida estamos incursionando en el terreno de la renuncia de derechos.

Un patrono al aceptar dar ciertos beneficios a los trabajadores exigiría una contraprestación.

Para desplegar la negociación colectiva en un amplio espectro es necesario que se revisen las actuales premisas para considerar una mayor flexibilidad en favor de los trabajadores.

El artículo 106 de nuestra Carta Magna establece la obligación del Estado de fomentar y proteger la negociación colectiva.

Conclusiones

El impacto de la globalización que nos aborda nos lleva a hacer un profundo examen de nuestro sistema iuslaboral y entre los puntos destacados incluyo los siguientes:

1) ¿Es nuestro actual sistema laboral un marco adecuado para enfrentar los retos de la etapa de competencia internacional que se deriva de la globalización económica? ¿Habría que reforzar el cumplimiento de sus normas más que procurar una reforma? ¿Permite el actual sistema un ambiente de productividad y eficiencia? ¿Será que no se ha implementado adecuadamente el Código de Trabajo?
2) ¿Es el Código de Trabajo suficientemente maleable elástico para contener, en su caso, los elementos de flexibilización que exigen la etapa de globalización o, por el contrario, es necesario hacerle modificaciones profundas para que puedan implementarse? Y estas modificaciones serían compatibles con las disposiciones constitucionales vigentes?
3) En su caso, ¿las modificaciones deben hacerse de fondo o de forma; estructurales o coyunturales? En otras palabras, ¿basta con podar el árbol o se hace un trasplante completo? ¿Y el nuevo orden cómo sería: imparcial en vez de tutelar; objetivo en vez de proteccionista?
4) ¿Implicarán los cambios derivados de la globalización que el Derecho laboral ha cumplido su cometido histórico y que su modelo está agotado? Si el Derecho laboral fue una rebelión frente al Derecho civil imperante en la época de su surgimiento, ¿las nuevas realidades no significarán un regreso (o retroceso) al ámbito de lo civil? ¿Ese *nuevo* Derecho laboral será realmente *Derecho laboral*; o será un capítulo adicional de la contratación civil?
5) Y, en última instancia, ¿qué es lo que más va a beneficiar a los trabajadores?

Filosofia

RAFAEL TERMES[1]

Capitalismo y Etica[2]

Sumario

1 Planteamiento de la cuestión
2 Las críticas morales al capitalismo
3 El concepto de capitalismo democrático
4 Liberalismo, colectivismo y *economía mixta*
5 El respeto a la libertad
6 La eficacia
7 El consumismo
8 La generosidad
9 El propio interés
10 La lucha contra la pobreza
11 Países ricos, países pobres
12 La justicia
13 Los pretendidos 'derechos sociales'
14 La desigualdad
15 La solidaridad

Oscar Wilde, en cierta ocasión, dijo que George Bernard Shaw no tenía enemigos, pero que sus amigos no le querían.

Un aforismo similar se puede aplicar al sistema de organización social que denominamos capitalismo. A diferencia de lo que Wilde decía de Shaw, el sistema capitalista tiene, evidentemente, enemigos, y muchos, que son los que, desde dentro o desde fuera de las sociedades donde opera, en mayor o menor medida, este método de organización económica, pretenden destruirlo para implantar el sistema rival, el colectivismo. De estos enemigos declarados, el capitalismo se puede defender razonablemente bien. Peor como le ocurría a aquel ilustre humorista, el capitalismo tiene amigos que no le quieren bien y ante los cuales la defensa es más complicada, la contienda es, en cierto modo, más dura, los argumentos a esgrimir más sutiles, la evidencia menos contundente. Uno recuerda, a este respecto, la exclamación de un personaje de Schiller: ¡Que Dios me defienda de mis amigos, de mis enemigos me puedo defender yo!

Pienso, efectivamente, que en muchas partes del mundo, al menos a corto y medio plazo, los mayores obstáculos para el desarrollo del capitalismo, es decir, de un proyecto social basado en la verdadera libertad personal y en la confianza en el mercado, provienen, no de sus enemigos, sino de los que deberían ser sus aliados naturales.

1 Planteamiento de la cuestión

¿Y qué les pasa a estos amigos del capitalismo que no acaban de quererle? Pues que han sucumbido a la dialéctica de los que, incapaces de rebatir con hechos la probada eficacia del capitalismo para producir más riqueza y bienestar que cualquier otro sistema económico, se han dedicado a atacarle con argumentos pretendidamente éticos. En la larga lucha entre la economía de mercado y el dirigismo estatal, los partidarios del segundo sistema han reprochado a los del primero el desprecio de la situación de los menos favorecidos por la fortuna, acusándoles de insensibilidad social. Estos reproches no han sido nunca aceptados por los economistas liberales, los cuales, convencidos de la incapacidad de los gobiernos para resolver los males que los intervencionistas achacan al mercado,

1 *Doctor honoris causa* de la Universidad Francisco Marroquín.
2 Discurso dirigido a la comunidad universitaria de la Universidad Francisco Marroquín en el mes de marzo de 1998.

entienden que, aunque la sensibilidad o el sentimentalismo se inclinen a preferir los planteamientos *sociales* del intervencionismo, la razón, juzgando a las doctrinas no por sus declaraciones programáticas sino por sus resultados, ha de concluir que el poder creador de la libertad y la responsabilidad individual juegan en beneficio de todos en forma mejor que pudiera hacerlo un Estado intervencionista animado de los mejores propósitos.

Pero tales críticas morales al capitalismo, si no han sido aceptadas nunca por los economistas inscritos en esta corriente, sí han hecho mella no sólo en muchos hombres de la calle sin preparación especial, sino también en profesionales, intelectuales, artistas, e incluso en algunos empresarios, quienes, declarando que desde el punto de vista de la eficacia no hay nada mejor que el capitalismo, sienten la necesidad de matizar su adhesión al sistema, añadiendo que, desde el punto de vista social, es necesario aportar ciertas correcciones al mismo, mediante actuaciones del Estado encaminadas a paliar los supuestos efectos éticamente intolerables del puro capitalismo.

Yo, por lo menos, me he encontrado con bastantes personas que inscribiéndose conceptualmente en el capitalismo, parecen tener *mala conciencia* de ello y pretenden dar satisfacción a lo que yo pienso no es sino su *mal formada conciencia*, aceptando, por razones *humanitarias* ciertos postulados socialistas. Coloquialmente dicho, son capitalistas de mente y socialistas de corazón. Son gentes que sin llegar a renegar del capitalismo, apoyan una más o menos amplia intervención estatal para remediar lo que, a su modo de ver, son carencias éticas de la organización capitalista. Con ello, y a consecuencia de la influencia que estas personas ejercen sobre la opinión pública, erosionan los cimientos sobre los que se asientan, no sólo las posibilidades de progreso material de la sociedad, sino también sus libertades.

Por lo tanto, como dice Alan C. Stockman en su ensayo *Capitalismo y sociedad moral*, si queremos que el capitalismo sobreviva, no es posible ya defenderlo en términos exclusivamente económicos. La eficacia del capitalismo para mejorar las condiciones materiales de la humanidad ha quedado demostrada tanto por la historia como por el análisis teórico. Sus adversarios no pretenden ya que el socialismo le aventaje como instrumento productivo, sino que le acusan de ser un sistema moralmente intolerable, por lo que si los defensores del capitalismo no alcanzan a explicar con claridad sus fundamentos éticos y su íntima relación con las instituciones políticas y el carácter general de la sociedad, perderán la batalla ideológica.

Esta preocupación por la necesidad de un rearme ideológico, indujo al Institute for Economic Affairs de Londres a encargar al profesor Harold B. Acton un estudio, publicado bajo el título *La Moral del Mercado*, para analizar, desde el punto de vista de la ética, las ventajas y los defectos del capitalismo, ya que, como él dice, si el sistema de mercado es malo, deben quedar evidenciadas las razones por las que lo es; pero si no es así, habrá que modificar la opinión que los partidarios del colectivismo han logrado modelar en extensas capas de la sociedad. Y esto es lo que yo, modestamente y en la forma breve que exige el tiempo de una conferencia, me propongo hacer.

2 Las críticas morales al capitalismo

Los argumentos de las personas, grupos e instituciones que tienen una actitud hostil hacia el capitalismo por razones morales, aun siendo diversos y contradictorios -porque a veces no es fácil saber si se condena al mercado porque funciona con excesiva eficacia o porque no funciona bien, presentan numerosos elementos comunes. Todos ellos después de afirmar que la economía de mercado, al basarse en la persecución del beneficio, fomenta el egoísmo y la avaricia, elevando el vicio a la categoría de virtud, parecen encaminados a demostrar que el capitalismo es el culpable, no sólo de todos los males que aquejan a los países, sino también de casi todas las frustraciones y los problemas cotidianos que los individuos encuentran en sus vidas. El *sistema* es, para muchos, responsable de una amplia gama de infortunios que van desde no ser ascendido en la empresa, o no encontrar editor para publicar un libro, hasta no ganar en las quinielas. Ya Schumpeter hubo de decir que el terremoto de Tokio de 1924 tuvo un efecto verdaderamente extraordinario: que no fue atribuido al capitalismo competitivo, al tiempo que pretenden señalar la incapacidad de este método de organización social para hacernos felices, aun cuando nos proporcione bienestar material, insisten en que dicho sistema, por su dinámica interna, arroja a una buena parte de la sociedad a la pobreza y al desempleo,

.. FRANCISCO MARROQUIN S.

creando o manteniendo desigualdades sociales intolerables. Y esto, a mi entender, no es cierto.

Pero antes de entrar en materia, quiero hacer algunas puntualizaciones sobre lo que a mi juicio hay que entender por capitalismo al día de hoy.

3 El concepto de capitalismo democrático

El capitalismo es un modelo de organización económica en el que la cooperación social para el logro del bienestar común se supone que se produce en forma espontánea, en contraste con el modelo socialista en el que la cooperación tiene lugar en forma coactiva. Es un modelo basado en la propiedad privada de los medios de producción, que considera el sistema de precios como el instrumento óptimo para la asignación de recursos, y en el que individuos y empresas tienen el derecho a tomar sus decisiones en forma independiente. En este modelo el Estado no debe interferir en la mecánica del mercado, ni intervenir en aquellas actividades de los ciudadanos que el propio mercado encauza.

Lo cual no quiere decir negar el papel del Estado, sino más bien afirmar que, al lado de sus primigenias funciones como guardián del orden y administrador de la justicia, compete al Estado, como servidor que es de la sociedad, velar por la pureza del funcionamiento del mercado, creando y manteniendo un marco legal para que la actividad económica encuentre sus propios objetivos y solvente por ella misma los conflictos que puedan existir. Se trata de una defensa positiva de la libertad, es decir, del imperio de las reglas frente a la discrecionalidad. Por esto el capitalismo democrático descansa en el respeto a la Ley y, en especial, a la Constitución -suprema Ley- término que para los padres fundadores del constitucionalismo, como dice Hayek, tuvo un significado muy preciso: poner barreras al ejercicio arbitrario del poder gubernamental, única manera de lograr la protección de la libertad individual.

Para designar el sistema que acabo de describir, he elegido, en mi conferencia de hoy, el simple término capitalismo, aunque podría haber escogido cualquiera de sus sinónimos en boga: neoliberalismo, economía de mercado, libertad de empresa... Si lo he hecho así ha sido, en primer lugar, por un afán de simplificación, pero también para rescatar el término, intentando despojarle, a lo largo de mi argumentación, de las connotaciones negativas a que, tal vez, se hizo acreedor en los momentos iniciales de la revolución industrial. Prescindiendo de lo que haya podido ser a lo largo de su historia, hoy, el capitalismo democrático, en mi opinión, no es más que la vertiente económica del liberalismo -el liberalismo económico- que, juntamente con el liberalismo cultural, el liberalismo político y el liberalismo social constituye un cuerpo integrado y coherente de doctrina para la cual, en palabras de Raymond Polin, Presidente que fue de la Sorbonne, la libertad, la libertad de cada hombre, es el valor moral y político supremo, al cual hay que sacrificar, si resulta necesario, todos los otros valores, sin más límite que el respeto a la libertad y a los derechos de los demás. Podríamos añadir que este límite viene dado por la verdad. No se trata, dice Polin, de una ciencia sino de una creencia filosófica en la realidad irreductible e inalienable de la libertad humana y de su valor. Uno es liberal porque cree en la libertad del hombre. Es más, no se puede no ser liberal si se cree que la naturaleza del hombre es *ser libre*. Y ese convencimiento de que el hombre es un ser creado libre por Dios, conduce, humildemente, a pensar que el hombre, después del primer uso que hizo de la libertad en el origen de la raza humana, aunque sigue siendo libre, es decir, por su libre albedrío dispone de sí mismo, puede hacerlo en sentido positivo o en sentido destructor.

4 Liberalismo, colectivismo y *economía mixta*

Partiendo de estas premisas, debemos admitir que los sistemas de organización social, que el hombre libre pero también por naturaleza social, ha ido construyendo a lo largo del tiempo, son imperfectos pero perfectibles. Quiero decir que el liberalismo y su aspecto económico, el capitalismo, que confía en la capacidad del hombre para labrar su propio destino, aunque, en mi opinión, es el menos imperfecto de los sistemas, tiene sus defectos; pero estos defectos -que sin duda hay que denunciar para intentar corregirlos- no deben conducir a rechazarlo para pasarse a su antagónico -el colectivismo- basado en una concepción pesimista de la persona humana y de la sociedad. Imbuidos de esta visión pesimista, y al mismo tiempo utópica, los par-

tidarios de la intervención estatal consideran que los individuos y la sociedad son incapaces de resolver por ellos mismos sus propios problemas y que el Estado puede y debe hacerlo para todos y cada uno de ellos, de la cuna a la sepultura, inmiscuyéndose tanto en los aspectos materiales de su vida, como en lo relativo a los valores superiores de su espíritu. Se produce así la paradoja de que unos hombres, los gobernantes, que como personas se supone son incapaces de resolver sus propios problemas, son los que, como funcionarios, han de resolver los problemas de la sociedad. Curiosa elaboración que considera a los gobernados inclinados al mal y sujetos al error, y a los gobernantes convertidos, por el sólo hecho de serlo, en impecables e infalibles.

El desarrollo armónico de las cuatro vertientes del liberalismo -la cultural, la política, la económica y la social- conducen a un modelo coherente y eficaz. Pero el modelo quiebra cuando algunos que se llaman liberales con preocupaciones sociales, y en realidad son socialistas con la pretensión de parecer liberales, pretenden modificar la faceta social del liberalismo -que en forma correcta existe- introduciendo en la vertiente económica las ideas que llaman socialdemócratas y que responden al vano propósito de encontrar una vía media -una *economía mixta*-en la que coexistirían, oportunamente dosificados, los principios del liberalismo y del intervencionismo. Pero, como ha señalado Ludwig von Mises, *la economía de mercado o capitalismo puro y la economía socialista son términos antitéticos. No es posible, ni siquiera cabe suponer, una combinación de ambos órdenes. No existe una economía mixta, un sistema en parte capitalista y en parte socialista. La producción, o la dirige el mercado o es ordenada por los mandatos del correspondiente órgano dictatorial, ya sea unipersonal, ya sea colegiado.*

El resultado práctico es que donde los principios socialdemócratas han primado sobre los neoliberales, el intervencionismo del Estado, reflejado en el tamaño del sector público y en el del gasto público, ha ido en aumento, con pérdida progresiva de la libertad económica. Y, lo que es más grave: la pérdida de libertad económica ha entrañado la pérdida de las otras libertades. Porque la libertad es radicalmente indivisible. Por ello, en mi opinión, un sistema de libertades económicas es el único compatible con un sistema de libertades políticas. Puede construirse un mapa en el que figure el sistema económico de cada nación, junto con el grado de desarrollo de las libertades civiles y políticas. La correlación entre economía libre y libertad civil es casi perfecta. Es posible que, por algún tiempo, las libertades económicas coexistan con un sistema político dictatorial, pero las libertades económicas demandan y conducen, a medio plazo, como fue el caso de Chile, a la democracia política porque ambas corrientes de libertad nacen del liberalismo cultural que es su fuente común. Lo que no es posible, como lo demuestra la experiencia histórica, es que el intervencionismo económico a ultranza tolere un régimen de libertades políticas. Por eso, estrictamente hablando, no se puede ser liberal y socialista al mismo tiempo.

Mi propósito aquí no es defender el capitalismo atacando las restantes formas alternativas de organización social. Quisiera hacer ver, en forma directa, y al margen de juicios sobre el capitalismo del pasado, las virtudes del capitalismo democrático en su forma actual. Sin embargo, como en su aplicación práctica el capitalismo también tiene defectos, ya desde ahora digo que, a mi entender, estos defectos son mayores en todos los otros sistemas. No hay, desde luego, un sistema que sea capaz de producir una convivencia social perfecta que responda al ideal humanista. Pero, el capitalismo democrático, en mi opinión, no sólo es el más compatible con el bien social sino que es condición necesaria, aunque no suficiente, para acercarse lo más posible a la moralidad que, pienso yo, todos deseamos impere en la sociedad.

5 El respeto a la libertad

La primera virtud del capitalismo es el respeto de la libertad. El derecho a contratar con quien yo quiero si él, a su vez, lo desea; el derecho a negociar libremente las condiciones de cualquier clase de contratos; a comprar y vender lo que quiera y al precio que voluntariamente acepten las partes; la libertad para emprender negocios y la libertad para cerrarlos; todo esto responde a la propia naturaleza del hombre a quien repugna la coacción externa llevada más allá de lo necesario para garantizar la libertad de los demás. Por esto, el espíritu del capitalismo, esencialmente revolucionario y progresista desde sus orígenes, presentó batalla al viejo orden establecido, en defensa no

sólo de la libertad económica sino de todas las otras libertades y, en especial, las políticas. Seguramente no es del todo casual que el año 1776, en que Adam Smith publicó *La Riqueza de las Naciones* -que puede con toda razón considerarse el momento germinal del capitalismo- coincida con la fecha de la proclamación de la independencia de los Estados Unidos.

El capitalismo se levantó contra el fracaso del intervencionismo y proteccionismo derivados de la doctrina mercantilista que imperaba desde el siglo XV; fracaso en cierto modo ya denunciado por los fisiócratas franceses contra el colbertismo, al son de la famosa y tan denigrada frase *laissez faire, laissez passer* que no era otra cosa que un llamamiento a la eliminación de las trabas feudales al derecho del individuo a producir y a comerciar. Contra las demandas de libertad de trabajo, de empresa y de comercio impulsadas por el pensamiento liberal de Adam Smith, se manifestaron precisamente conservadores británicos como Coleridge, Carlyle, Ruskin y otros escritores de la época victoriana, para los cuales estos nuevos aires de libertad destruían lo que ellos consideraban valores tradicionales del orden establecido, siglos antes, por soberanos absolutistas que reinaban en el campo político, en el económico y en el cultural.

Otros defectos podrá tener el capitalismo pero lo que nadie podrá negarle es su amor a la libertad natural del hombre y su confianza en que el uso que el hombre hará de esta libertad, sin estar exento de errores y miserias, producía los mejores resultados para el mayor número posible de personas.

6 La eficacia

Y esto nos conduce a la segunda virtud del capitalismo: la eficacia. Pienso que no tengo que entretenerme demasiado en esta afirmación, porque desde el punto de vista meramente económico ya no hay discrepancias. Podría aportar múltiples ejemplos de países que partiendo de situaciones idénticas han llegado a resultados completamente distintos a consecuencia del sistema capitalista o socialista adoptado a partir de un determinado momento. Presentaré tan sólo la comparación entre dos países europeos, Suecia y Suiza, tal como recientemente lo ha realizado el señor Nils-Eric Sandberg, editorialista del primer diario sueco. En 1945 ambos países se encontraban en una situación privilegiada. Se encontraban con su base industrial intacta, mientras que el resto de Europa tenía que emprender una costosa reconstrucción. Si acaso era Suecia la que se encontraba en mejor situación por la abundancia de recursos naturales. Pues bien, el señor Sandberg apunta que después de la guerra un franco suizo valía 0.9 coronas suecas: en junio de 1997 vale 5.65; también que en 1970, la renta per cápita sueca era la tercera de la OCDE y la suiza la segunda; hoy, la suiza sigue segunda y la sueca ha caído al rango 17. La balanza de pagos suiza ha mostrado un superávit casi todos los años desde 1965, mientras la sueca ha estado casi siempre en déficit. El paro en Suiza es del 5%, mientras que en Suecia, sumando los desempleados oficiales, los inscritos en cursos de formación, los prejubilados y los refugiados extranjeros, la cifra alcanza el 20% de la población activa. El que la tasa aparente del crecimiento del PIB de Suecia haya sabido encontrarse durante estos años por encima de la de Suiza sólo indica lo engañosa que es una cifra que suma el gasto social del Estado como si todo él fuera productivo.

Para el señor Sandberg las causas inmediatas de este deterioro están claras. Los suecos han dejado de ahorrar e invertir. En 1970, el ahorro neto alcanzaba el 10.5 del PIB y la inversión neta el 16.1. En 1996, las cifras correspondientes habían caído al 4.9 y al 2.9, respectivamente. Las causas remotas de estas tendencias son, para el señor Sandberg, el colectivismo del Estado de bienestar, la ideología de la igualdad y la centralización del poder político. La educación, las pensiones, el sistema de salud, las guarderías, están nacionalizados. La idea de igualdad se ha convertido en una manía que ha transformado la envidia en el principal motor de la acción social.

La prosperidad de Suiza debe tener alguna relación con la división del poder. El referéndum popular, la autonomía cantonal, la existencia de dos Cámaras, la variedad de partidos políticos, fomentan el respeto de las minorías y la protección de la propiedad privada mejor que la democracia mayoritaria sin paliativos de Suecia.

No hace falta insistir. Hoy no se discute que los sistemas de economía de mercado son los que más rápidamente, más establemente y más ampliamente, han conducido a los pueblos a mayores niveles de bienestar. Cierto que bienestar material no es equivalente a felicidad personal, pero no lo es menos que un buen vivir material constituye un objetivo inter-

medio, noble y deseable para el logro de la felicidad, mediante el cultivo de los bienes superiores del espíritu, difícilmente atendibles sin un mínimo de bienestar. Antonio Millán Puelles, en el apartado que en su fundamental tratado *Economía y Libertad* dedica a la cuestión moral del bienestar, dice: *no cabe duda de que lo peor que al hombre le acontece en la miseria es que no se encuentra en condiciones de poder elevarse a los más altos valores del espíritu. Tan inhumana es, en efecto, la miseria, que el hombre que la padece ni siquiera echa en falta esos valores, porque sólo se ocupa -tan necesitado está de ellas- con las cosas más materiales.* Luego, aquel sistema que, sin merma de los otros valores, más seguramente coloque a más gente en esta situación de bienestar, aquél será mejor moralmente hablando. Y no parece haber duda de que este sistema es el capitalista, ya que nadie que se moleste en analizar mínimamente la memoria histórica de Occidente se atreverá a negar la capacidad del capitalismo para aumentar el bienestar material de las más vastas capas de la población. Ni podrá tampoco demostrar que el capitalismo democrático, de por sí, se opone al logro de los otros bienes no materiales.

7 El consumismo

Es verdad que el capitalismo puede fomentar el excesivo consumo y que las personas que en él incurran pueden descuidar el cultivo del espíritu y el logro de fines más nobles. Se aduce y, así es, que la sustitución de un coche por otro mejor, la adquisición de un televisor, de un vídeo, de un ordenador para conectarse a Internet, de un nuevo electrodoméstico o de cosas similares que están al alcance de las clases más bajas de las sociedades occidentales es todo lo que puede ofrecer la potenciación del mercado y esto, se dice, no hace a los individuos felices. Pero rechazar por ello el capitalismo, sería como rechazar el progreso de la medicina porque vivir más tiempo y en mejores condiciones no asegura la felicidad. El objetivo de una mejor organización económica, como el objetivo del médico, no es proporcionar la felicidad sino facilitar su consecución eliminando los obstáculos que los individuos encuentran para alcanzarla. Sin olvidar que los objetos de consumo más conspicuos en la oferta productiva de los países donde más se ha desarrollado el mercado -los signos externos, en la jerga de nuestros hacendistas- son sólo una parte del vector de bienes que se consume en estas sociedades, un vector que también contiene el ocio, así como las comodidades, la atención médica y los medios de higiene y de otro tipo que han reducido drásticamente la mortalidad infantil en las naciones capitalistas.

Quienes ponen en circulación argumentos contra la economía de mercado basados en la crítica del consumo delatan, acaso involuntariamente, la intención de imponer su concepto de lo que debe ser una vida plena y feliz. La realidad es que la mayoría de individuos de la sociedad, mediante sus preferencias, dirigen el mercado y orientan los recursos de la economía precisamente hacia la producción de aquellos bienes que desean. Si la mayoría de la sociedad decide votar, por medio de los destinos que dan a sus rentas y riqueza, en favor de determinada estructura de consumo es porque con ello, dentro de las limitaciones impuestas por su dotación de recursos, intentan alcanzar su noción de felicidad. El capitalismo entraña una ampliación del conjunto de elementos a partir de los cuales se configura la vida de los individuos, una extensión de las opciones a elegir para llevar a cabo un proyecto de vida lo más satisfactorio posible para cada uno de los miembros de la sociedad, para la mayoría de los individuos, de acuerdo con sus propios criterios.

Las vastas posibilidades de consumo abiertas en las economías de mercado se deben interpretar, pues, como el resultado del proceso de decisión de cada individuo en el intento de configurar su vida de la manera que, a su entender, sea lo más satisfactoria posible. Lo dicho no se opone a la crítica sobre el *consumismo* en el sentido de excesivo, superfluo y hasta embotante consumo que el Papa Juan Pablo II con frecuencia denuncia como exponente de la cultura del mero tener, frente a la cultura del ser o valer como persona. Pero la corrección de este mal moral, que no es imputable al capitalismo sino a la condición humana, no se logra poniendo cortapisas a la economía de mercado, sino potenciado los verdaderos valores morales que han de impregnar el comportamiento de las personas.

Por ello, me sumo con gusto a los alegatos contra el excesivo consumismo y en favor de un estilo elevado de comportamiento que lejos de cifrar la felicidad en el desordenado afán de bienes caducos atienda a los valores superiores del espíritu. Haremos

muy bien, todos y cada uno de nosotros, en influir sobre nuestros semejantes, mediante la argumentación, para que todos se comporten éticamente. Pero no sería correcto querer imponerlo coactivamente, por la simple pero muy elevada razón de que Dios ha dejado al hombre libre aun a sabiendas del mal uso que el hombre haría de la libertad. No se debe criticar, por lo tanto, al sistema capitalista por no obligar a los seres humanos a comportarse en todo momento de acuerdo con determinado código moral. Al contrario, el sistema tiene como principal atributo moral el de servir de sustento a una sociedad de hombres libres. Libres, pero, como ya dije, no perfectos; capaces de utilizar en todo momento las libertades que el sistema posibilita contra las normas morales. Los errores a que pueda llevar el libre albedrío de los individuos radican en la imperfección de la naturaleza humana, no del sistema capitalista.

Naturalmente que no faltará quien diga que las preferencias de los consumidores están manipuladas por las grandes corporaciones y que, por tanto, la libertad de elección asociada con las sociedades capitalistas es una ilusión; la idea de la soberanía del consumidor y su función directora de las economías de mercado, una quimera. Esta crítica ha perdido ya vigor en la mayoría de países industrializados. Fue arrumbada en Estados Unidos ante fenómenos como la quiebra de la Chrysler Corporation y las dificultades de otras grandes empresas automovilísticas de aquel país, las que según muchos autores eran un paradigma de las entidades que manipulaban al consumidor, convenciéndole de que necesitaba un nuevo coche cuando aún lo tenía en buenas condiciones. La realidad era otra. La lentitud de estas empresas para adaptase al cambio de gustos, hacia coches más pequeños y de menos consumo de gasolina y la existencia de una oferta mundial considerable, japonesa y europea, del tipo de vehículos preferido por los consumidores norteamericanos, redujo significativamente su cuota de mercado y las sometió a graves quebrantos financieros. Las preferencias de los consumidores, por tanto, condicionaron este sector productivo y no al contrario.

En cuanto a la publicidad, se comprendió pronto que cumplía una función social importante al facilitar la elección del consumidor en un mundo rápidamente cambiante, donde los costes de obtener información son elevados. La publicidad permite optimizar el proceso de prueba y error inherente a los actos de libre elección del mercado. Las críticas a la publicidad olvidan que incluso las empresas con poder de mercado en un área determinada de productos tienen que competir, no sólo con otras empresas de esa misma área en una economía mundial que se ha ido haciendo cada vez más interdependiente, sino también con empresas en otros campos de actividad, porque a medio plazo la sustitución que efectúa el consumidor entre diferentes bienes es intensa.

Sin embargo, esta defensa de la publicidad, como medio de comercialización de la producción, no impide señalar, con desaprobación, determinadas formas de publicidad que, para un fin noble, vender, utilizan medios innobles, explotando las más bajas tendencias del hombre. Estamos ante un caso en el que resulta evidente que ciertos aspectos del funcionamiento del sistema capitalista pueden ser incorrectos, desde el punto de vista ético; pero ello no es debido al propio sistema, que actúa de acuerdo con las invariantes leyes económicas, sino que es consecuencia de la falta de conciencia moral de determinados agentes. La conclusión es que los frutos del sistema capitalista, serán tanto mejores, desde el punto de vista ético, cuanto más conforme a la dignidad de la persona humana sea el sistema de valores morales dentro del cual se desarrolla el sistema capitalista, que, de por sí, es neutro aunque no amoral.

8 La generosidad

Otra gran característica del capitalismo es que fomenta la generosidad tanto en los agentes del mercado como en el conjunto de la sociedad. No me extrañaría que este aserto causara estupor ya que una de las mayores críticas al sistema, tal vez la más frecuente, es que se basa en el egoísmo. Mi convicción es la contraria. Sin obstáculo para admitir que los individuos, lo mismo en una sociedad capitalista que en una sociedad socialista, pueden comportarse egoístamente, lo cierto es que el funcionamiento del capitalismo descansa en la generosidad, la magnanimidad y el altruismo. George Gilder, el conocido autor de *Riqueza y Pobreza*, dice textualmente: *El capitalismo empieza por dar. Nadie puede esperar que las recompensas del comercio sean fruto de la codicia, la avaricia o incluso el egoísmo, sino de un espíritu íntimamente afín*

al altruismo, una consideración de las necesidades del prójimo, un talante humano, sociable y animoso. No el tomar y el consumir, sino el dar, arriesgar y crear es lo que distingue al capitalismo. Es una manera atractiva de expresar la célebre ley: *la oferta crea su propia demanda*, debida al gran economista francés, Jean Baptiste Say, discípulo e introductor en Europa de las teorías de Adam Smith y personaje más bien silenciado -hasta que los modernos defensores de la teoría de la oferta lo han sacado del olvido en que yacía- a pesar de haber sido el primero en resaltar el papel del empresario, situándolo en un lugar preferente en toda sociedad industrial, al tiempo que distinguía entre el beneficio derivado de la actividad empresarial y las rentas del capital o del trabajo.

Gilder, glosando esta Ley de Say dice: la producción capitalista se basa en la confianza; confianza en el prójimo, en la sociedad y en la lógica compensatoria del cosmos. Busca y encontrarás; da y recibirás. Es esta lógica secuencial, lo que esencialmente distingue a la economía libre de la socialista. La economía socialista pasa de la definición racional de la necesidad o la demanda a la prescripción de ofertas planificadas. En una economía socialista no se ofrece hasta que no hayan sido determinadas y especificadas las demandas. Impera la racionalidad, y ésta proscribe las temibles incertidumbres y los correspondientes actos de fe -de magnanimidad diría yo- indispensables para un sistema expansivo e innovador.

Bajo el capitalismo, las aventuras de la razón se lanzan a un mundo gobernado por la moralidad y la Providencia. Las dádivas sólo tendrán éxito en la medida en que son *altruistas* y nacen de una comprensión de las necesidades ajenas. Dependen de la fe en una humanidad que, a pesar de todos sus fallos, es radicalmente buena, es decir, esencialmente justa y sensible. En semejante mundo, uno puede dar sin un contrato de compensación, aventurar sin una recompensa segura, buscar las sorpresas del beneficio en vez de la ganancia más limitada del pago contractual, tomar iniciativas en medio de peligros e incertidumbres.

9 El propio interés

Pienso que la acusación de egoísmo de la que el capitalismo es víctima procede de un mal entendimiento de lo que es el *propio interés* esgrimido por el fundador de esta doctrina. Adam Smith, que además de economista era un moralista, aunque al estilo de los deístas escoceses de la época, en su *Teoría de los sentimientos morales* habló de un interés propio *racional*, tratando de indicar que la expresión *interés propio* excede con creces la preocupación exclusiva por uno mismo, el egoísmo, la avidez y la codicia. Puede pensarse que el interés propio desemboca siempre en estas desviaciones morales; pero ello a condición de suponer que los individuos son tan depravados que siempre efectúan esta clase de elección, cosa que no opinaban los fundadores del capitalismo ni opinan sus actuales defensores. Así, Milton y Rose Friedman, en su obra *Libres para elegir*, destacan el amplio significado que hay que atribuir al concepto de interés propio. *La obsesiva preocupación por el mercado económico* -dicen los Friedman- *ha dado lugar a una angosta interpretación del interés personal como egoísmo miope, como el exclusivo interés por las ganancias materiales inmediatas. Esto es un grave error. El interés personal no equivale al egoísmo miope, sino que engloba todo cuanto interesa a los participantes en la vida económica, todo lo que valoran, los objetivos que persiguen. El científico que intenta ensanchar las fronteras de su disciplina, el misionero que se esfuerza por convertir a los infieles a la verdadera fe, el filántropo que trata de aliviar los sufrimientos del necesitado, todos ellos procuran colmar su interés personal de acuerdo con sus propios valores.*

Por otra parte, las reglas del mercado indican que las actuaciones guiadas por la codicia, por el afán de sacar ventajas inmediatas, desatan fuerzas sociales que tarde o temprano destruyen a sus propios actores. Y esto es válido tanto para las personas como para las empresas, las cuales, si pusieran el acento en la obtención y el reparto de beneficios inmediatos, en vez de practicar una magnánima política de inversiones cara al futuro, acabarían en la bancarrota. Por esto el mérito de la economía de mercado es que, aparte de las decisiones que por razones éticas tomen los individuos, el sistema limita la codicia y el interés personal, porque la codicia y el egoísmo cuando se producen pagan su precio. El interés propio entendido en forma estrecha destruye las empresas como destruye a las personas. Para evitar esta destrucción, el sistema capitalista induce a todos a entender el interés propio en forma correcta; es decir, con visión no sólo individual sino también familiar y comunitaria, con preocupación por los demás y no sólo por

uno mismo, en forma cooperativa sin merma de la independencia, matizando el amor propio con la autocrítica.

Puede imaginarse una sociedad compuesta de personas actuando todas ellas correctamente desde el punto de vista moral y que no obstante no funcione desde el punto de vista de la eficacia; es decir, que no logra crear riqueza y bienestar suficiente. Tal sistema sería un fracaso, tal vez también moral, aunque los individuos que en él se movieran fueran personalmente altamente virtuosos, si negligentemente hubieran dejado de poner los medios para lograr la eficacia. El capitalismo funciona porque es el sistema que, por emplear el título de la famosa obra de Adam Smith, ha creado la riqueza de las naciones, llevando el bienestar, a lo largo de la historia, a amplios contingentes de personas. El capitalismo no puede, desde luego, garantizar que todos los hombres serán virtuosos, pero no solamente no se lo impide sino que, leyendo adecuadamente la definición smithiana, no es que en el capitalismo al buscar el interés propio se logre el bien de los otros, sino que el sistema, por su propia dinámica, induce a las personas a buscar su propio interés comportándose generosamente con los demás. Generosidad que no tiene nada que ver, por supuesto, con la generosidad de que se llenan la boca los partidarios de las *razones del corazón* cuando piden que el Estado -es decir, los otros- atiendan generosamente a las necesidades de ciertos sectores de la población, quedando ellos de esta forma exonerados de cualquier generosidad personal que imponga sacrificio. De hecho, a medida que el Estado Benefactor se ha ido desarrollando, con cargo al presupuesto y a los impuestos, incluido el inflacionario, han ido mermando las manifestaciones de la generosidad personal -virtud moral- de que está llena la historia de la humanidad.

10 La lucha contra la pobreza

Otro gran valor moral del capitalismo -y me parece que voy por el cuarto- es que es el mejor sistema que existe para paliar el problema de la pobreza; y digo paliar porque pienso que la pobreza es imposible erradicarla completamente de este mundo. La mayor parte de la tierra a lo largo de la historia ha vivido en la pobreza. No hace falta esforzarse mucho en explicar las causas de esta pobreza generalizada. La lucha contra la escasez es la condición natural de la humanidad después del pecado original; sólo la civilización ha logrado sacar a cantidades cada vez mayores de hombres de esta condición. Pero cualquiera que sea el éxito de los esfuerzos que se hagan en este sentido, siempre habrá pobres. Entre otras cosas, porque la pobreza, concepto comparativo, es difícil definirla en términos objetivos.

Sin embargo, la existencia de la pobreza debe provocar seria preocupación en cualquier persona que no sea insensible a la suerte de sus semejantes. Y mi postura es que la opción por la economía de mercado es la que más se compagina con esta preocupación. Ya sé que son muchos los que piensan lo contrario. Pero, cuando se habla de la situación de ignominiosa pobreza en que el capitalismo manchesteriano sumió a los niños que tenían que dormir junto a sus máquinas y de las mujeres que empujaban las vagonetas en las galerías subterráneas de las minas de carbón, se olvida la condición de absoluta indigencia en que las multitudes se hallaban sumidas antes de la revolución industrial. Cuando se habla de la pobreza en que viven multitud de individuos en una sociedad tan opulenta como la norteamericana, se olvida que una gran parte de ellos son inmigrantes que buscan, en un sistema capaz de absorber e integrar a continuas oleadas de recién llegados, la manera de huir de las condiciones infinitamente peores en que se hallaban. Cuando se lamenta la penosa situación de algunos obreros en las zonas industriales de las naciones europeas, se olvidan sus condiciones de vida en el mundo agrario del que proceden.

En mi opinión, si queremos juzgar las cosas no con los actuales criterios sino con las condiciones vigentes en cada tiempo y lugar, tendremos que reconocer que, con sus vicios y sus miserias, el capitalismo, a lo largo de la historia, ha logrado mejorar la condición humana respecto de la pobreza. Con esto no pretendo negar que en las sociedades capitalistas existen segmentos de población cuyas condiciones materiales de vida son lamentables y exigen un análisis riguroso del que se pueda extraer políticas eficaces para su corrección. Pero, sin olvidar que estas situaciones son, desde luego, mucho más graves y es más perentoria su resolución en las sociedades colectivistas; ya que, insisto, cuando analicemos cualquier crítica del sistema capitalista debemos

recordar aquello que decía Maurice Chevalier cuando le preguntaban su opinión sobre la vejez: *no está nada mal, sobre todo cuando se la compara con su alternativa*.

Hay personas, sin embargo, que no se conforman con estas explicaciones y piensan que, al día de hoy, hay pobres porque hay ricos; los pobres son pobres porque los ricos son ricos. Esto es, la pobreza se debe a la riqueza, lo que no deja de destilar cierta sensación de contradicción. Para estos críticos, inspirados en una visión estática -medieval- de la economía, los remedios son evidentes, aunque no por ello menos contraproducentes: hay que quitarle al que tiene para darle al que no tiene; se deben aumentar las transferencias a los pobres financiándolas mediante incrementos de impuestos a los ricos. No se dan cuenta de que en una concepción dinámica de la economía, cuyo objetivo es el crecimiento, el propio aumento de la riqueza permite, de por sí, que todos pueden tener acceso a una mayor porción de bienestar. Y en su visión, centrada en el reparto, propugnan el mantenimiento y el incremento del Estado de Bienestar, haciendo pagar a los contribuyentes toda la serie de subvenciones pretendidamente encaminadas a resolver las situaciones de pobreza.

11 Países ricos, países pobres

Cuando se habla de pobreza, los partidarios de las alternativas de tipo socialista intentan apoyarse no sólo en argumentos referidos a personas -ricos y pobres- sino que se extienden a los países, dando a entender, de nuevo, que hay países pobres porque hay países ricos; generando con ello la dialéctica Norte-Sur tan conocida como poco fundada. La diferencia más importante entre los países no es la geográfica, Norte o Sur, sino la que se da entre sistemas basados en los beneficios y sistemas estatalizados, ya sean tradicionales o socialistas.

No hace tanto tiempo, Estados Unidos era una colonia de la mayor potencia europea. Un país atrapado en la misma pobreza y subdesarrollo inmemoriales que los demás. En la época de su fundación era por lo menos tan pobre como las colonias de España en América. Pero las dos Américas, la del Norte y la del Sur, ambas colonizadas y ambas igualmente subdesarrolladas, se fundaron sobre la base de ideas radicalmente distintas de economía política. Una de ellas intentó recrear la estructura político-económica de la España feudal y mercantilista; la otra intentó establecer un *novus ordo seculorum*, un nuevo orden secular.

Durante todo el siglo XIX el comercio entre el Norte y el Sur fue insignificante. Casi todo el intercambio comercial de ambas partes del continente se realizaba con Europa. En América del Norte una vasta mayoría de personas llegaron a ser propietarias de sus viviendas y de sus tierras; no sucedió lo mismo en el Sur. Pero podía haber sucedido. Imaginemos que Iberoamérica hubiera desarrollado industrias y manufacturas antes que Estados Unidos. A todas luces, disponía de los recursos naturales para ello: es rica en petróleo, en zinc, bauxita y muchos otros importantes minerales; sus tierras de cultivo y sus bosques tropicales son prolíficos. ¿Por qué, entonces, no llegó a ser Iberoamérica el más rico de estos dos sectores del Nuevo Mundo? La respuesta parece radicar en la muy distinta naturaleza de los sistemas político, económico y cultural imperantes. Iberoamérica podría haber sido una región económicamente activa, progresista e independiente; de hecho, tuvo la ventaja de permanecer al margen de las dos guerras mundiales. Hace mucho tiempo que podría haber dejado en la sombra económica a Estados Unidos. Pero para ello debía haberse organizado de acuerdo con los principios de la economía de mercado, para utilizar en forma apropiada su gran riqueza. No lo hizo, porque, a lo largo de siglos, estos países han estado dominados por grupos de intereses, permanentemente o en forma rotativa asentados en el poder, que han impedido las verdaderas libertades políticas y económicas de sus ciudadanos.

Estos últimos párrafos están inspirados en el pensamiento de Michael Novak, economista y teólogo católico yanqui, convertido en su madurez del socialismo cristiano al capitalismo democrático. Por mi parte, diré que los que hoy culpan a las naciones ricas de las condiciones de las naciones pobres, hace años animaban a los líderes de estos países a rechazar la presencia de las multinacionales -palabra que muchas veces oímos pronunciar como sinónimo de la maldad pura- optando en cambio por tomar dinero a préstamo; dinero que al haber sido desviado o sustraído en beneficio de los políticos gobernantes, o simplemente dilapidado -en vez de destinarlo, como hubieran hecho las execradas multinacionales, a inversiones

de capital, tecnología, infraestructura, formación, empleo y salarios- ha dado el negativo resultado que hoy contemplamos. Y con esto no quiero decir que no puedan haberse dado situaciones concretas de abuso por parte de las multinacionales en determinados países, ni tampoco que, en el problema de la deuda internacional, las culpas no deban ser repartidas entre prestatarios y prestamistas, y en méritos a esta culpabilidad compartida buscar razonables soluciones a la difícil situación creada.

12 La justicia

Continuemos con el análisis de los valores éticos del capitalismo para decir que, entre ellos, figura el de la justicia, si esta virtud se entiende como debe ser entendida. Pero también aquí aparecen los contradictores. Con mucha frecuencia se intenta justificar, éticamente, el socialismo diciendo que propugna realizar la justicia social, cosa que no hace el capitalismo.

Friedrich von Hayek dice: *Descubrir el significado de lo que llaman 'justicia social' ha constituido una de mis grandes preocupaciones durante más de diez años. Confieso mi fracaso en el empeño, o más bien, mi conclusión de que, referida a una sociedad de hombres libres, la expresión carece de sentido.* El ilustre pensador austriaco dedica el segundo volumen de su trilogía *Derecho, Legislación y Libertad* a desvelar lo que él llama *el espejismo de la justicia social.* Después de defender la concepción de la justicia como fundamento indispensable y limitativo de la ley, Hayek ataca el abuso que de este término se hace, abuso que amenaza con destruir la ley como salvaguarda de la libertad individual. Si por justicia social, dice, ha de entenderse lo que en la terminología clásica se llama justicia distributiva, la doble conclusión es que el concepto carece de aplicación a los resultados de una economía de mercado -no puede haber justicia distributiva allí donde nadie distribuye- y que, por lo tanto, esta interpretación de la justicia social ha de conducir necesariamente al socialismo.

Por otra parte, en muchos de los documentos del magisterio de la Iglesia aparece el término *justicia social* que Hayek tan drásticamente critica. A veces es difícil, por lo menos para mí, estar totalmente de acuerdo con algunos de los rígidos planteamientos del que, tras von Mises, dio renovado impulso a la escuela austriaca del pensamiento liberal. Piénsese, por ejemplo, en sus propuestas sobre la desnacionalización del dinero y la competencia entre monedas de emisión privada, difícilmente asumibles por muchos economistas liberales, por lo menos de momento. Tampoco, pues, puedo estar de acuerdo con la interpretación que Hayek hace de las llamadas a la justicia social por parte de la Iglesia. Para mí, su postura deriva, en parte, de una cuestión semántica, como espero poder aclarar en posterior ocasión, durante mi estancia en Guatemala. Es patente que la Iglesia defiende una concepción pluriforme y armónica de la justicia -conmutativa, distributiva y legal-, con partes que han de integrarse prudentemente. Pero una buena parte de las reticencias expresadas por von Hayek viene motivada por los abusos en el empleo del término *justicia social.* Invocando la justicia social se está intentando pasar de contrabando reivindicaciones que nada tienen que ver con los fundamentales derechos humanos que la justicia ha de proteger. Y en esto sí estoy de acuerdo con Hayek.

La apelación a la *justicia social* se ha convertido en el argumento más manido y eficaz en la discusión política. Casi siempre que se pide la intervención del gobierno en favor de determinado grupo, se hace en nombre de la justicia social; y si se logra que determinada medida sea considerada imperativo de la justicia social, cualquier oposición perderá rápidamente consistencia. Se podrá discutir si una medida concreta es o no exigida por la justicia social. Nunca, sin embargo, se pondrá en duda que ésta constituye el modelo al que la acción política deberá apuntar. Cabe afirmar, en consecuencia, que probablemente no existe en la actualidad movimiento o personalidad política que de buena gana no apele a la *justicia social* en apoyo de las concretas medidas propugnadas. La justicia social se ha convertido en la válvula de escape de la emotividad. No hay nadie que se atreva a hablar contra la invocada justicia social y basta con llenarse la boca de esta expresión para alcanzar la condición de persona de buenos sentimientos y delicada conciencia.

Los juristas romanos establecieron los tres principios o reglas que definen la justicia tal como ha venido informando la tradición cultural de Occidente. La primera es una regla negativa: *no hagas mal a nadie.* La segunda es una regla positiva: *da a cada uno lo suyo.*

La tercera regla es de la reciprocidad: *compórtate con los demás como quieras que se comporten contigo.* Aun siendo de aplicación individual, estas tres reglas, dada la condición de sociabilidad que, por naturaleza, tiene el hombre como ser racional y libre, configuran también la verdadera justicia social. Por esto, sin duda, von Hayek encabeza el libro que he citado con un lema tomado de Walter Lippmann: *en una sociedad libre no corresponde al Estado administrar los asuntos humanos. Deberá limitarse a administrar justicia entre hombres que se ocupan de sus propios asuntos.* Es decir, garantizar la igualdad de oportunidades, protegiendo la libertad de cada uno y el respeto a la libertad de los demás.

13 Los pretendidos 'derechos sociales'

Pero hace tiempo que los socialistas y socializantes no se conforman con la igualdad de oportunidades; quieren la igualdad de resultados. Y al servicio de esta igualdad de resultados, los gobiernos, tanto los dictatoriales como los democráticos proclaman que la *justicia social* es su fundamental e irrenunciable aspiración. En nombre de la justicia social se hacen leyes que convierten en *derechos sociales* lo que no son más que prerrogativas o privilegios que, para responder a las presiones de determinados grupos políticos y sindicales, se quieren conceder, sin contrapartida onerosa de ninguna clase, a algunas personas, a ciertas clases o a todo el cuerpo social; el derecho al puesto inamovible de trabajo; el derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones farmacéuticas; el derecho a las vacaciones pagadas; el derecho al subsidio de paro... Una vez que estas leyes han sido aprobadas, lo que eran reivindicaciones -legítimas, en muchos casos- pero no derechos, se convierten en prestaciones debidas por la sociedad al individuo. No era nada difícil imaginar la escalada de presiones para convertir en derechos las pretensiones más absurdas y abusivas. Y así vemos cómo hoy, en el clima creado por esta perversión del concepto de justicia social, se pretende crear el derecho a un salario mientras se estudia, después de haber obtenido el derecho a la matrícula gratuita, e incluso el derecho al reembolso de los gatos de abortar.

¿Es esto moral, ético? Hay que reconocer que más moral es lograr las básicas exigencias de la condición humana y negociar las reivindicaciones que legitima y decentemente puedan defenderse, en el marco de la libertad y de la justicia, sin calificativo, definida por las tres reglas del Derecho romano a que antes me referí. Ello entraña, por ejemplo, en el específico campo de las pensiones de jubilación -que aduzco sólo a título de ejemplo- los tres niveles de cobertura: el de indigencia con cargo al presupuesto del Estado, en aplicación del principio de subsidiariedad; el profesional a negociar como parte de la remuneración del trabajo, en el que el empleador ayuda a ahorrar al empleado; y el voluntario, en el que cada individuo ejercita su libertad para elegir el nivel de consumo presente y de previsión para el futuro que mejor cuadra a sus particulares deseos.

14 La desigualdad

Y así paso a lo que será la ultima potencialidad, virtud, del capitalismo sobre la que hoy quisiera reflexionar. Me refiero al reconocimiento de la desigualdad de resultados, como consecuencia de la desigualdad inicial que, por obra y gracia de la naturaleza, existe entre los humanos como resultado del esfuerzo personal y el de los antepasados; y también -¿por qué negarlo?- como efecto de la suerte, que es una palabra laica para designar la acción de la Providencia divina.

No podemos intentar modificar los resultados del mercado para que se adapten a un esquema distributivo preconcebido y variable según los idearios de los gobiernos de turno, porque, en primer lugar, no existe criterio alguno para definir una distribución de resultados que se pueda denominar justa en ninguno de los sentidos de esta palabra; y, en segundo lugar, porque al llevar a cabo esos intentos, la capacidad productiva de la sociedad no permanece inalterable, sino que se va erosionando inexorablemente y, lo que es aún más grave, las libertades individuales se van encogiendo hasta llegar a un estado en el cual siempre aparece algún presunto portador de la ciencia del bien y del mal para anularlas del todo.

Pero es que, en el orden de las ideas, la igualdad de fortunas y rentas no es deseable. La desigualdad de resultados, para cuyo logro hay que asumir un riesgo, por lo general proporcionado al beneficio a que se aspira, es el gran motor para la imaginación, la creatividad, el dinamismo y la generación de riqueza

y bienestar para uno mismo, desde luego, pero también para los demás. Lo que hace un sistema de organización social más o menos justo no es la mayor o menor igualdad de resultados, no es la mayor o menor igualdad de la distribución de renta y riqueza inducida por el funcionamiento del mercado, sino la existencia y el cumplimiento de reglas de general aplicación que la experiencia histórica nos ha enseñado, que permiten la mayor libertad individual posible y promueven mejor el bienestar de todos los miembros de la sociedad.

Algunas veces se ha señalado que el lema de la Revolución Francesa -libertad, igualdad, fraternidad- no renovó nada, sino que recogió los valores que el cristianismo había difundido desde hacía siglos. Esto es evidente en cuanto a la libertad -la verdad os hará libres, leemos desde hace 20 siglos en la Biblia- y también lo es en cuanto a la igualdad, puesto que para el cristianismo todos los hombres son esencialmente iguales ya qué todos son llamados a ser hijos de Dios. Y lo es, finalmente, en cuanto a la fraternidad que deriva de esta común paternidad. Y, sin embargo, en mi particular opinión, esta igualdad esencial entre los hombres no empiece para poder decir que, en cierto modo, el Evangelio es una especie de prontuario de la desigualdad -abundantes pasajes del mismo, entre ellos la parábola de los talentos, lo prueban- y que la ascética cristiana que Pablo de Tarso compara con la lucha atlética -todos corren en el estadio pero sólo uno alcanza el premio- es un ejercicio de competencia, de competición con uno mismo -ser mejor-, como en la economía de mercado.

El prurito igualitario, con su componente no confesable de envidia, que Gonzalo Fernández de la Mora, prestigioso filósofo español, puso de manifiesto en su delicioso y muy erudito ensayo sobre *La envidia igualitaria*, da lugar a todos los intervencionismos gubernamentales, que no son sino atentados a la libertad individual y colectiva, con el pretexto de dar a todos el mismo nivel de seguridad y bienestar. Es obvio, en primer lugar, que no lo logran de manera sólida y permanente, porque al pretender igualar a cualquier precio, sufre la libertad, pero también sufre la propia igualdad porque el resultado de estos intervencionismos es reducir el nivel de riqueza a repartir. Pero lo más lamentable es que estas acciones igualitarias, destruyen la ilusión de las personas que, en otras condiciones, se hubieran sentido capaces de lanzarse a aventuras prometedoras.

15 La solidaridad

En el binomio libertad-igualdad, cuyos extremos si bien pueden darse juntos se condicionan mutuamente, está claro que yo, personalmente, me inclino, sin dudarlo, por la libertad, sencillamente porque creo en el inmenso poder creador del riesgo, correlato ineludible de la libertad. Pero ello no me impide pensar que para el buen asentamiento del modelo económico es necesario que intervenga la tercera pata: la solidaridad, que es un nombre moderno para la *fraternidad* del tripartito lema del siglo XVIII.

Y este valor -la solidaridad- no está ausente, desde luego, el espíritu del capitalismo democrático. Todo lo contrario. Lo que sucede es que la solidaridad en la que cabe esperar no es la solidaridad forzosa orquestada por los gobiernos. Supuesta la actuación subsidiaria del Estado para los casos de real necesidad, la deseable solidaridad es la de las espontáneas actuaciones privadas. Cierto que hay desigualdades excesivas que conviene reducir, pero el pensamiento neoliberal entiende que esta tarea -visto el fracaso de los paralizantes y degradantes resultados de las acciones igualitarias emprendidas por los Estados benefactores- sólo puede ser confiada a la iniciativa social, iluminada por los criterios éticos que la propia sociedad y sus entidades naturales se han de esforzar en difundir.

Debo concluir. Mi propósito era defender el capitalismo democrático -vertiente económica del liberalismo- pero no en méritos a su eficacia económica que, entiendo no ofrece dudas. Basta ver cómo, cada vez más, los que militan en otros campos, sin renunciar a sus planteamientos ideológicos en el ámbito político y cultural, adoptan en lo económico los principios y métodos del capitalismo. Con ello dan fe de que, por la fuerza incuestionable de los resultados, los planteamientos económicos del socialismo no son más que antiguallas decimonónicas. Los nuevos conversos al liberalismo económico, aceptan que la modernidad que exigen los nuevos tiempos pasa por el espíritu de libertad que anima el capitalismo.

Dando todo esto por descontado, lo que he querido hacer ver -ignoro si y en qué medida lo habré logrado- es que el capitalismo democrático, entraña

indudables valores éticos. No se trata de saber si el capitalismo concuerda con los ideales morales que el socialismo se atribuye, porque el capitalismo tiene sus propios ideales éticos que a lo largo de mi intervención, y agradeciendo su atención, e intentado exponer. No he querido decir que, en la práctica, el capitalismo esté exento de errores y fallos; aunque sí digo que, de hecho, el capitalismo alcanza antes, más y mejor los objetivos humanitarios que los sistemas colectivistas o intervencionistas se proponen.

Pero reconocer los fallos prácticos del capitalismo no significa renunciar a sus ideales; todo lo contrario. El capitalismo es un sistema que se justifica, porque, con el máximo respeto posible al valor fundamental que es la libertad humana, contribuye, en mi opinión, más y mejor que otro cualquiera al bien común, aunque en su funcionamiento puedan darse actitudes individuales no éticas.

Sin embargo, el sistema funcionará tanto mejor cuanto más conforme sean las conductas personales con el ideal del capitalismo democrático que, como he procurado subrayar, es un ideal forzosamente altruista, ya que, en él, las personas sólo logran su interés propio buscando y logrando el interés de los demás. Y aquí está el reto para la mejora del capitalismo democrático. Que todos los que piensan que, en méritos a su eficacia, vale la pena defenderlo, no se recaten de hacerlo por falsos escrúpulos morales, sino que se esfuercen para que, tanto ellos como aquéllos sobre los que ejercen alguna influencia, reformen su mente y su voluntad, para adaptarlas a las exigencias de la ética. Porque hay que desengañarse: las estructuras sociales sólo pueden reformarse si se reforman las conductas personales de los hombres y las mujeres que generan, integran y desarrollan estas estructuras.

Los eventos memorables de la historia son los efectos visibles de los cambio invisibles en la manera de pensar de la gente.

Gustave Lebon

RAFAEL TERMES[1]

La doctrina social y espíritu del capitalismo. Crónica de un malentendido[2]

Sumario

1 La Iglesia y las cuestiones económico-sociales
1.1 La doctrina social en la *Sollicitudo rei socialis*
2 La doctrina de la Iglesia y el capitalismo
2.1 La definición del capitalismo
2.2 La propiedad privada
2.3 La 'hipoteca social'
2.4 El mecanismo de los precios
2.5 La libertad de iniciativa privada
2.6 La intervención del Estado
3 El malentendido y sus causas
3.1 El liberalismo filosófico
3.2 La visión 'espiritualista' del mundo
4 Juan Pablo II y el capitalismo
4.1 Capitalismo sí, capitalismo no
4.2 La justa función de los beneficios
4.3 Las críticas al sistema ético-cultural

En los últimos meses de 1990 y primeros de 1991, cuando se suponía que Juan Pablo II estaba preparando una nueva Encíclica con ocasión del centenario de la *Rerum novarum* de León XIII, algunas personas, nada proclives a la economía de mercado, con sonrisa de aparente complicidad, me decían: *Ya verás, ya; el Papa está preparando un nuevo varapalo al capitalismo.* Otros, más coincidentes con mi postura en materia de organización social y algunos compañeros en la tarea de estudiar y propalar los principios de la economía liberal, me confesaban: *Estoy preocupado por lo que nos va a caer encima; me temo que la próxima Encíclica del Papa no arregle las cosas.* Ambas reacciones -la de los que se alegraban de poder llevar las aguas del Magisterio a su molino socializante y la de los que temían que estas aguas enturbiaran la eterna discusión entre los partidarios de la libertad y los partidarios de la intervención- digo, no eran, a mi entender, más que manifestaciones de lo que en el título de mi conferencia, se llama *el malentendido.* Malentendido presunto entre la doctrina social católica y el espíritu del capitalismo, del que me dispongo a hacer la crónica, con optimismo, ya que -lo quiero decir de entrada- entiendo que la Enciclíca *Centesimus annus*, del Pontífice felizmente reinante, puede servir, a mi juicio, para poner el feliz punto final a dicho malentendido.

Dividiré mi exposición en cuatro partes. En la primera, trataré de decir cuál ha sido y sigue siendo la postura de la Iglesia en relación con las cuestiones económico-sociales. En la segunda, intentaré averiguar qué dice la doctrina social de la Iglesia sobre el capitalismo. En la tercera, supuesto que existe un cierto malentendido entre una parte de los cristianos y los partidarios del modelo capitalista, sugeriré algunos hechos que, a mi juicio, explicarían la aparición y persistencia de tal fenómeno, al tiempo que me esforzaré en poner de relieve la falta de fundamento objetivo del mismo. Y en la cuarta y última, me dedicaré a glosar la manera cómo Juan Pablo II, en la Encíclica *Centesimus annus*, plantea y resuelve las relaciones entre la doctrina social y el espíritu del capitalismo, para terminar analizando, a fin de sacar conclusiones prácticas, las advertencias, críticas y recomendaciones que el Papa hace en relación con el sistema ético-cultural que, en términos generales, impera en los países occidentales de corte capitalista.

1 Doctor *honoris causa* de la Universidad Francisco Marroquín.
2 Discurso dirigido a la comunidad universitaria de la Universidad Francisco Marroquín en el mes de marzo de 1998.

1 La Iglesia y las cuestiones económico-sociales

A decir verdad, a mí nunca me ha preocupado lo que el Magisterio pudiera decir en relación con los sistemas de organización político-social en general y de los modelos económicos en particular, porque, dejando aparte las adherencias propias de los sucesivos tiempos, reflejadas en determinadas expresiones o maneras de decir, siempre he estado convencido de que el mensaje de la Iglesia en lo que toca a estas materias, como a cualquier otra, no podía apartarse de lo que constituye su misión específica, que, como fiel miembro de la Iglesia que pretendo ser, no sólo acepto sino que agradezco.

Y así ha sido, a lo largo de los 100 años que median entre León XIII y Juan Pablo II, como perfectamente se deduce del examen de los 10 Documentos capitales -*Rerum novarum* (1891), *Quadragesimo anno* (1931), *Mater et magistra* (1961), *Pacem in terris* (1963), *Gaudium et spes* (1965), *Populorum progressio* (1967), *Octogesima adveniens* (1971), *Laborem exercens* (1981), *Sollicitudo rei socialis* (1987) y *Centesimus annus* (1991)- que configuran lo que corrientemente llamamos la doctrina social de la Iglesia. La lectura de estos textos permite ver, en efecto, que la doctrina social de la Iglesia no es una teoría económica, sino como expresamente confirmó Juan XXIII *una parte integrante de la concepción cristiana de la vida.* Sin embargo, resulta evidente que la consideración de las cuestiones de ética social debía llevar y ha llevado al Magisterio a un análisis profundo de las cuestiones económicas, ya que, si bien la Constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II, expresamente reafirma que *la misión propia que Cristo confió a su Iglesia no es de orden político, económico o social; el fin que le asignó es de orden religioso*, del tenor de toda la Constitución se deduce que la Iglesia entiende que es su misión y su derecho someter las cuestiones económicas y políticas a una valoración moral, cuando los derechos fundamentales de la persona humana así lo exijan.

Pues bien, desde esta postura y en el ejercicio de esta misión, la Iglesia no ha dicho nunca -ni puede decirlo- que un determinado sistema económico sea el católico con exclusión de los demás. Otra cosa distinta es que entre los eclesiásticos, católicos o protestantes, haya gente, como el teólogo protestante Paul Tillich, quien, después de calificar al capitalismo de *demoniaco*, afirma con evidente deformación de la doctrina, que *todo cristiano serio debe ser socialista, porque éste es el único sistema económico posible desde el punto de vista cristiano.* Esto es tan incorrecto como lo sería afirmar -aunque yo no se lo he oído decir a nadie- que, en cuanto cristianos, por la fuerza de los principios profesados, sólo cabe ser economista liberal.

Pero la Iglesia como tal, el Magisterio universal y constante, a lo largo de los 100 años de formulación de la doctrina social católica, se ha limitado a cimentar esta doctrina en el respeto a la libertad y dignidad de la persona humana, lo que lleva implícito el reconocimiento del derecho a la propiedad privada; en los principios de solidaridad y subsidiariedad; y en la búsqueda del bien común. Por ello, aunque en lenguajes cambiantes, en los que no puede dejar de verse la influencia de la estructura social imperante en los países católicos del momento, la Iglesia, en materia de organización social, sólo ha rechazado, en un extremo, el individualismo, que niega la naturaleza social del hombre y concibe la sociedad únicamente como una asociación con el fin de lograr el equilibrio mecánico de los intereses individuales; y, en el otro extremo, el colectivismo, que priva al hombre de su dignidad personal y la reduce a mero objeto de los procesos social, económico y político. Así lo afirmaba el Cardenal Hoeffner en la reunión sobre Iglesia y Economía, celebrada en Roma, en 1985.

A mí me parece claro que ni el capitalismo ni el socialismo, tal como se practican hoy en día en las democracias de Occidente, pueden asimilarse a las dos escuelas extremas de organización social que, definidas por sus específicas connotaciones, han sido expresamente rechazadas por la doctrina católica. Aunque no puedo decir lo mismo del socialismo marxista-colectivista imperante durante gran parte de este siglo en Rusia y en sus países satélites, hasta -aunque está por ver la adecuación de esta preposición de término a la realidad- hasta, digo, el derrumbamiento del ahora llamado socialismo real.

Descartadas, pues, las dos versiones extremas de organización económico-social -que, en cualquier caso, son ya historia pasada- y centrándonos en los modelos capitalista y socialista vigentes al día de hoy, la pregunta pertinente es: ¿manifiesta la Iglesia Católica preferencia por uno u otro de estos sistemas o, alternativamente, recomienda otro? La respuesta es rotundamente negativa. El Cardenal Joseph Ratzin-

ger, en una conferencia sobre *El diálogo entre la Iglesia y la economía* pronunciada en el mismo Simposio sobre Iglesia y Economía que acabo de citar, después de pasar revista a los distintos modelos de organización social y señalar las coincidencias que presentan -dice- los fundamentos filosóficos del marxismo y del capitalismo tomado en su sentido más estricto -aceptando, sin embargo, que al fin y al cabo el liberalismo reconoce el ámbito de lo subjetivo y lo considera espacio de lo ético- terminó, afirmando que en ningún momento había sido su intención ofrecer respuestas a las preguntas que nos preocupan, pues confiesa que para ello le faltan conocimientos económicos. Afirmación compartida y apoyada, en la misma ocasión, por el Cardenal Casaroli al recordar que, tal como ya puso de relieve en 1931 la Encíclica *Quadragesimo anno*, la Iglesia carece de competencia en el aspecto técnico.

De hecho, la Constitución dogmática *Lumen gentium* del Concilio Vaticano II, al comparar el papel que dentro de la Iglesia corresponde a los sacerdotes, a los religiosos y a los laicos, dice de manera textual que *la propia vocación de los laicos consiste en buscar el reino de Dios, al tratar y ordenar, según Dios, las cosas temporales.* Más explícita todavía es la *Instrucción sobre libertad cristiana y liberación* de 22 de marzo de 1986, cuando afirma que *esta tarea forma parte de la vocación de los laicos que actúan por propia iniciativa con sus conciudadanos.*

1.1 La doctrina social en la Sollicitudo rei socialis

Es, sin embargo, en la Encíclica *Sollicitudo rei socialis* de Juan Pablo II donde la postura de la Iglesia frente a los problemas económicos aparece de manera más nítida. *La Iglesia* -dice el Papa actual- *no propone sistemas o programas económicos y políticos, ni manifiesta preferencias por unos o por otros, con tal de que la dignidad del hombre sea debidamente respetada y promovida y ella goce del espacio necesario para ejercer su ministerio en el mundo. Pero la Iglesia* -sigue diciendo Juan Pablo II- *es experta en humanidad, y esto la mueve a extender necesariamente su misión religiosa a los diversos campos en que los hombres y mujeres desarrollan sus actividades, en busca de la felicidad, aunque siempre relativa, que es posible en este mundo, de acuerdo con su dignidad de personas. Por esto la Iglesia tiene una palabra que decir (...) y a este fin utiliza como instrumento su doctrina social. La doctrina social de la Iglesia* -concluye el Pontífice- *no es, pues, una tercera vía entre el capitalismo liberal y el colectivismo marxista, y ni siquiera una posible alternativa a otras soluciones menos contrapuestas radicalmente, sino que tiene una categoría propia. No es tampoco una ideología, sino la cuidadosa formulación del resultado de una atenta reflexión sobre las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fe y de la tradición eclesial. Su objetivo principal es interpretar esas realidades, examinando su conformidad o diferencia con lo que el Evangelio enseña acerca del hombre y su vocación terrena y, a la vez, trascendente, para orientar en consecuencia la conducta cristiana. Por tanto, no pertenece -la doctrina social- al ámbito de la ideología, sino al de la Teología, y especialmente de la Teología moral.*

2 La doctrina de la Iglesia y el capitalismo

La cita ha sido larga, pero pienso que valía la pena porque -yo, por lo menos- no he visto en ningún documento pontificio de alto nivel una formulación tan clara del propósito, contenido y alcance de la doctrina social de la Iglesia. Sin duda que los especialistas en Teología moral, que es el ámbito de saber en el que el Santo Padre inserta la doctrina social de la Iglesia, habrán glosado y seguirán glosando en el futuro los términos de la rica definición que acabo de recordar. Por lo que a mí respecta, entiendo que bastará intentar ver cómo esta doctrina, expuesta en los documentos magisteriales que antes enumeré, interpreta y juzga, desde el punto de vista moral, las realidades contenidas en el capitalismo democrático que, tras el fracaso del socialismo real, se yergue como triunfador en el campo económico.

Pero antes será necesario precisar qué debe entenderse por capitalismo. Porque al pronunciar esta palabra todavía hoy hay personas que asocian este concepto al *liberalismo manchesteriano* o *capitalismo salvaje*, para recordarnos la situación de los niños que dormían junto a sus máquinas y de las mujeres que empujaban las vagonetas en las galerías subterráneas de las minas de carbón, lo cual, al margen de olvidar la situación de absoluta indigencia en que las multitudes se hallaban sumidas antes de la revolución industrial, significa describir una situación histó-

rica que no tiene nada que ver con el capitalismo democrático vigente al día de hoy.

2.1 La definición del capitalismo

Si queremos hablar del capitalismo para relacionarlo con la doctrina social de la Iglesia, hay que ponerse de acuerdo en que hoy, y desde hace muchas décadas, capitalismo es ni más ni menos que un modelo de organización económica en el que la cooperación social para el logro del bienestar común se supone que se produce de forma espontánea, en contraste con el modelo socialista, en el que la cooperación tiene lugar de forma coactiva. Es un modelo basado en la propiedad privada, incluso de los bienes de producción; que utiliza el mecanismo de los precios como el instrumento óptimo para la eficiente asignación de recursos; y en el que todas las personas libremente responsables de su futuro, pueden decidir las actividades que desean emprender, asumiendo el riesgo del fracaso a cambio de la expectativa de poder disfrutar del beneficio si éste se produce.

En este modelo, el Estado no debe interferir en la mecánica del mercado, ni intervenir, salvo para el ejercicio de un reducido papel subsidiario, en aquellas actividades de los ciudadanos que el propio mercado encauza. Lo cual no quiere decir negar el papel del Estado, sino más bien afirmar que al lado de sus primigenias funciones como guardián del orden y administrador de la justicia, compete al Estado, como servidor que debe ser de la sociedad, velar por la pureza del funcionamiento del mercado, creando y manteniendo un marco legal para que la actividad económica encuentre sus propios objetivos y solvente por ella misma los conflictos que puedan existir.

Algunos economistas -y también Juan Pablo II, luego lo veremos- prefieren llamar *economía de mercado* al sistema descrito en la definición de capitalismo que acabo de dar, reservando este último nombre para el conjunto formado por la economía de mercado y el sistema ético-cultural que predomina en los países occidentales llamados capitalistas. Como sea que este sistema ético-cultural ha devenido un estado de deterioro más o menos general de los valores morales, que no es en manera alguna atribuible al sistema económico, considerar que esta lamentable situación, en la que viven un número no despreciable de nuestros conciudadanos, forma parte integrante del capitalismo, supone una ofensa innecesaria al sistema. Por ello, yo prefiero pensar que capitalismo es sinónimo de economía de mercado. Y, por lo tanto, para no herir sensibilidades, no tendría inconveniente en usar el nombre de economía de mercado para hablar de capitalismo, si no fuera que los socialistas también hablan de economía de mercado para referirse a un sistema confuso en el que el mercado convive -o malvive- con la intervención estatal en la propiedad, en la producción y en la libre iniciativa. Seguiré, por lo tanto, hablando de capitalismo, en el bien entendido de que con este nombre significo ni más ni menos que lo que he definido. Del sistema ético-cultural, en determinadas situaciones de tiempo y lugar concomitante con el capitalismo, hablaremos luego.

2.2 La propiedad privada

Y ¿qué dice la doctrina social católica en relación con los tres elementos que integran la definición del capitalismo? Veamos. En cuanto a la propiedad privada de los bienes, incluidos los de producción, pilar básico de este sistema económico, las citas de la doctrina que la legitiman son numerosísimas. Desde -salpicando los textos- la *Rerum novarum*, donde leemos que *poseer bienes en privado es derecho natural del hombre*; pasando por la *Mater et magistra* en la que Juan XXIII, declarando que se trata de un principio enseñado y propugnado firmemente por sus predecesores, afirma que *el derecho de propiedad privada, aun en lo tocante a bienes de producción, tiene un valor permanente, ya que es un derecho contenido en la misma naturaleza*; hasta la *Laborem exercens* y la propia *Centesimus annus*, documentos en los que Juan Pablo II recuerda que, desde la declaración contundente de León XIII, contra el socialismo de su tiempo, *este derecho* -a la propiedad privada- *fundamental en toda persona para su autonomía y su desarrollo* -son palabras del Papa- *ha sido defendido siempre por la Iglesia hasta nuestros días.*

Ahora bien, es tradición igualmente constante del Magisterio que el derecho a la propiedad privada, reconocido como de carácter natural, *no es un derecho absoluto* -en palabras de la *Centesimus annus*- *ya que en su naturaleza de derecho humano lleva inscrita la propia limitación*. Es precisamente Juan Pablo II quien en la *Sollicitudo rei socialis* desarrolla de

manera excelente -en mi opinión- la conexión que existe entre, por un lado, el legado de carácter abstracto que Dios, en el origen, otorgó en favor de todos los hombres, al darles el dominio sobre todas las cosas de la Tierra y, por otro lado, el necesario régimen de propiedad privada, para que el dominio natural de todos los hombres sobre las cosas creadas pueda ser real y no teórico, eficiente, no conflictivo, de acuerdo con la doctrina aristotélica, magistralmente sintetizada en las tres razones dadas por Santo Tomás.

2.3 La 'hipoteca social'

Juan Pablo II hace esta conexión cuando escribe: *Es necesario recordar una vez más aquel principio peculiar de la doctrina cristiana: los bienes de este mundo están originariamente destinados a todos. El derecho a la propiedad privada es válido y necesario, pero no anula el valor de tal principio. En efecto, sobre ella grava una hipoteca social, es decir, posee, como cualidad intrínseca, una función social fundada y justificada precisamente sobre el principio del destino universal de los bienes.* Observemos, en primer lugar, que el empleo de la palabra *hipoteca* para referirse al uso y destino de los bienes materiales, reafirma la doctrina tradicional católica sobre el derecho a la propiedad privada, ya que sin propiedad no hay posibilidad de hipoteca para responder de las obligaciones del propietario respecto de su acreedor. Pero en la *Sollicitudo*, como escribió el profesor José Antonio Doral, de la Universidad de Navarra, parecen invertirse los términos: toda propiedad está justificada desde la hipoteca social. El tener sirve al ser o, lo que es lo mismo, el designio social es preeminente, una exigencia interna. No hay propiedad sin hipoteca. Luego todo propietario es, por definición, deudor social. En el pensamiento de Juan Pablo II el crédito *precede* ontológicamente a la propiedad, a toda propiedad. En la raíz misma de la disposición, inherente al dominio sobre los bienes, sean éstos de la cuantía y calificación que sean, está el ingrediente de su alteridad, el provecho de los demás.

Pero esto es precisamente lo que en el sistema capitalista tiene lugar cuando los bienes poseídos en privado son destinados al proceso de producción, creando puestos de trabajo y rentas para los demás. El avaricioso atesorador de bienes, sin provecho para nadie, o el despilfarrador de los mismos, con injuria de los necesitados, no forman parte del espíritu del auténtico capitalismo que está marcado por la magnificencia del emprendedor que arriesga.

2.4 El mecanismo de los precios

Sigamos contrastando los elementos definitorios del capitalismo con los principios de la doctrina social. Sobre el segundo de ellos, el mecanismo de los precios como instrumento para la más eficiente asignación de los recursos escasos, el Magisterio, como es natural, no ha dicho casi nada, salvo reconocer, como hace Juan Pablo II en su última Encíclica, que *da la impresión que, tanto a nivel de naciones como de relaciones internacionales, el libre mercado sea el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder eficazmente a las necesidades.* Esta relativa carencia de textos sobre los mecanismos de mercado no es de extrañar ya que se trata de una cuestión técnica, campo que la Iglesia, respetando la autonomía de las actividades terrenas, deja a la libre discusión de los hombres. Lo cual no obsta para que éstos, al hacerlo, deban respetar las exigencias éticas. En este sentido, la Teología moral, ya desde los escolásticos salmantinos del siglo XVI, considera que el precio de mercado, libremente debatido en competencia, es un precio justo, con la condición de que haya sido fijado en ausencia de violencia, fraude o dolo. Doctrina que se apropia Juan Pablo II en la *Centesimus annus* cuando dice que *quien produce una cosa lo hace generalmente -aparte del uso personal que de ella pueda hacer- para que otros puedan disfrutar de la misma, después de haber pagado el justo precio, establecido de común acuerdo después de una libre negociación.*

2.5 La libertad de iniciativa privada

El tercer elemento definitorio del capitalismo es la libertad de iniciativa privada, la cual ha sido siempre defendida y alentada por el Magisterio. Juan XXIII en la *Mater et magistra* dice que *la economía debe ser obra, ante todo, de la iniciativa privada de los individuos, ya actúen éstos por sí solos, ya se asocien entre sí de múltiples maneras para procurar sus intereses comunes.* Y poco después, refiriéndose a la intervención de los poderes públicos, dice que ésta *no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre*

iniciativa, salvaguardando, sin embargo, incólumes los derechos esenciales de la persona humana, y añade que *entre éstos hay que incluir el derecho y la obligación que a cada persona corresponde de ser normalmente el primer responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción.*

2.6 La intervención del Estado

En efecto, sólo la defensa de la libre iniciativa privada entronca con el problema de la intervención del Estado y sus límites. Esta cuestión, abordada por casi todos los Sumos Pontífices que han tratado de asuntos económicos, ha tenido un extenso desarrollo en la última Encíclica social de Juan Pablo II, de la cual, por su claridad e interés, quiero aportar algunos párrafos que, salvando la sustancia, procuraré aligerar para no hacer demasiado larga la cita. Juan Pablo II empieza insistiendo en que en el campo económico *la primera responsabilidad no es del Estado, sino de cada persona y de los diversos grupos y asociaciones en que se articula la sociedad*, precisando que *el Estado no podría asegurar directamente el derecho a un puesto de trabajo de todos los ciudadanos sin estructurar rígidamente toda la vida económica y sofocar la libre iniciativa de los individuos.* Acto seguido, señala que las justificables actuaciones del Estado para corregir *situaciones particulares de monopolio que crean rémoras u obstáculos al desarrollo* o para *ejercer funciones de suplencia en situaciones excepcionales, deben ser limitadas temporalmente [...] para no privar establemente de sus competencias a los sectores sociales y sistemas de empresas y para no ampliar excesivamente el ámbito de intervención estatal de manera perjudicial para la libertad tanto económica como civil.*

Especial relieve tienen, a mi juicio, las alusiones de la Encíclica al Estado de bienestar, creado en los últimos tiempos -dice el Papa- *tratando de remediar formas de pobreza y de privación indignas de la persona humana*, y sobre el cual advierte que *no han faltado excesos y abusos*, derivados -según el Pontífice- *de una inadecuada comprensión de los deberes propios del Estado. En este ámbito* -dice Juan Pablo- *también debe ser respetado el principio de subsidiariedad.* Principio que, como dije al empezar, ha estado siempre, junto con el de solidaridad, en el núcleo de la doctrina social. Principio que conduce al Papa a afirmar, para acabar esta materia, que *al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos.*

Pienso que con estas citas relativas a la libre iniciativa privada y a los límites de la intervención subsidiaria del Estado, principios nucleares del sistema capitalista, y las antes aportadas sobre la propiedad privada y el mecanismo de mercado, queda probado que no hay nada en la doctrina social católica que se oponga, desde el punto de vista moral, al sistema capitalista definido -insisto- de la manera que lo he definido que es, a todas luces, la manera como, considerado en sí mismo, actualmente existe.

3 El malentendido y sus causas

Y si esto es así, ¿de dónde procede, si es que lo hay, el malentendido entre la doctrina social y el espíritu del capitalismo que debería ser el tema de mi intervención? Que lo hay es evidente. Basta ver las reacciones despertadas por la publicación, en 1991, de la Encíclica *Centesimus annus* y las que se produjeron en 1988 a raíz de la *Sollicitudo rei socialis.* En ambos casos, pero sobre todo en el último, las reacciones han sido de signo contrario. Mientras unos califican al Papa de *último socialista de occidente* otros lo atacan por *hacer la apología del capitalismo.* Lo cual prueba, en primer lugar, que ni unos ni otros han leído atentamente los textos o, en último extremo, que no han entendido su contenido, puesto que resulta metafísicamente imposible ser, al mismo tiempo, socialista y capitalista.

A los fines de mi intervención, dejando de lado los que creen que la *Centesimus annus* es una Encíclica capitalista, me interesa analizar las reacciones de los liberales que se sienten molestos por las tesis socializantes mantenidas, según ellos, por este Romano Pontífice y sus antecesores, ya que el conflicto viene de lejos. En mi opinión, el conflicto no radica tanto en la enseñanza de los Papas como en la postura de ciertos -demasiados- eclesiásticos -algunos de altura- que, diciendo ampararse en la doctrina social de la Iglesia, sostienen tesis socialistas, colectivistas o, por

lo menos, muy intervencionistas. Citaré, a título de ejemplo, la Carta Pastoral Económica del Episcopado de los Estados Unidos, publicada en 1988, para reclamar medidas económicas de tipo socialista, que tanto irritó a los estamentos liberales de aquel país y que provocó una seria respuesta del *American Catholic Committee*. Desde luego que no todos los episcopados mantienen esta actitud. La Conferencia Episcopal Alemana, en el documento *Responsabilidad cristiana en un mundo cambiante*, publicado en septiembre de 1990 por los obispos de ambas partes de Alemania, en el momento de la reunificación, adopta una línea mucho más en congruencia con los textos pontificios para defender la necesaria aplicación del principio de subsidiariedad tanto en el campo de las subvenciones como en el de las prestaciones sociales. Según los obispos alemanes, el Estado más generoso en ambos aspectos no es por ello el Estado más social, puesto que los excesos en subvenciones y prestaciones sociales paralizan las energías e inhiben la responsabilidad personal y el cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los ciudadanos.

Pero, desgraciadamente, los liberales piensan que son pocos los eclesiásticos que adoptan esta última postura y que muchos cristianos de buena voluntad -clérigos y laicos- sienten una profunda animadversión hacia el sistema capitalista, al que atacan con argumentos pretendidamente éticos que, para ellos, se apoyan en la doctrina social de la Iglesia. De esta forma se ha ido creando una tensión entre una parte de los adictos al sistema capitalista y una parte de los seguidores de la doctrina social, que ha acabado por hacer aparecer ambas ideologías como enfrentadas.

3.1 El liberalismo filosófico

¿Y cuál es la causa de esta situación? A mi entender no es ajeno a la misma que durante siglos, singularmente desde la ruptura producida por la Revolución Francesa, hayan estado vivos dentro del mundo católico dos hechos, distintos en sí, pero no del todo sin relación. El primero es resultado indirecto, y sin duda no deseado, de la postura que el Magisterio se vio obligado a tomar frente a la herejía modernista. A partir de esta actitud se desarrolló, en el terreno económico, una falta de entendimiento y mutua suspicacia entre los *liberales* y la autoridad eclesiástica, con el consiguiente, aunque no justificado, alejamiento de la Iglesia de muchos economistas a los que les parecía que los eclesiásticos censuraban, como moralmente malos, precisamente aquellos principios económicos en los que ellos veían que descansaban las esperanzas de mayor bienestar para los pueblos.

Pero a este respecto hay que advertir que las condenas de Pío IX en el *Syllabus* y de León XIII en la Encíclica *Libertas* no son contra el liberalismo económico, ni contra la defensa frente a toda opresión de la libertad -valor fundamental y constitutivo del hombre como ser racional así creado por Dios- sino contra desviaciones y errores dogmáticos y morales derivados del liberalismo filosófico, basado en una supuesta autonomía del hombre ante Dios y ante la ley moral objetiva como norma última de conducta. Este liberalismo es el que de nuevo condena Pablo VI en la *Octogesima adveniens* cuando dice que *en su raíz misma el liberalismo filosófico es una afirmación errónea de la autonomía del individuo en su actividad, sus motivaciones, el ejercicio de su libertad.*

Pero este liberalismo no tiene nada que ver con el liberalismo de nuestros escolásticos de Salamanca -Vitoria, Suárez y sus discípulos- en los siglos XVI y XVII; ni con el liberalismo político de Locke que, en las postrimerías del mismo siglo XVII, se yergue como el precursor de la democracia constitucional y a quien, a pesar de ciertas comprensibles desviaciones en sus juicios sobre la Iglesia Católica, hay que agradecer sus aportaciones, esencialmente correctas desde el punto de vista doctrinal, en defensa de las libertades individuales y del Estado de Derecho; ni, en fin, con el liberalismo económico de Adam Smith que además de economista era moralista, aunque al estilo de los deístas escoceses de su época, y quien, en sus dos grandes obras *Teoría de los sentimientos morales* y *La riqueza de las naciones*, buscando la causa de esta riqueza, elaboró la teoría del interés propio racional que excede con creces la preocupación exclusiva por uno mismo, el egoísmo, la avidez y la codicia.

Ninguno de estos liberalismos han sido condenados por la Iglesia y por esto tiene toda la razón Antonio Argandoña, Profesor del Instituto de Estudios Superiores de la Empresa de la Universidad de Navarra, quien en un trabajo presentado, en 1991, al XII Simposio Internacional de Teología convocado por dicha Universidad, tras recordar la distinción que, según Juan XXIII y también Pablo VI, hay que hacer entre teorías filosóficas falsas y corrientes o movi-

mientos históricos de carácter económico, social, cultural o político, aunque tales corrientes tengan su origen e impulso en tales teorías filosóficas, dice textualmente: *Los economistas llamados liberales pueden adherirse a dicha ideología (el liberalismo filosófico) pero no necesariamente. Estamos ante una* -o mejor, varias- *de esas corrientes o movimientos históricos de índole pragmática, caracterizados por un conjunto de recomendaciones 'liberales' -rechazo de la excesiva intervención del Estado, de las políticas altamente redistributivas, de la concentración del poder económico en los monopolios, etc.- que podrán ser admisibles o no según sean compatibles o no con la recta concepción del hombre, de la sociedad y de la economía, independientemente de que sus primeros defensores o sus continuadores fueran o no liberales filosóficos. Rechazar las recomendaciones de los economistas liberales en nombre de la condena del liberalismo filosófico es un error, cuyas repercusiones pueden ser graves, por lo menos en cuanto que invita a estos economistas liberales a situar (injusta pero explicablemente) la Doctrina de la Iglesia entre las teorías socialistas.* Y esto que temía Argandoña es lo que por desgracia todavía sucede en algunos casos, contribuyendo al malentendido entre determinados economistas liberales y la doctrina social de la Iglesia.

3.2 La visión 'espiritualista' del mundo

El otro hecho que, en mi opinión, ayuda a explicar la animadversión de signo religioso hacia el capitalismo es que, desde hace dos o tres siglos, las personas católicas, laicos incluidos, fueron adoptando una actitud ante las realidades terrenas propia de una visión *espiritualista*, derivada del *contemptus mundi*, el desprecio del mundo, que si puede ser adecuada para un modelo religioso, no secular, de vivir la vocación cristiana, no lo es en absoluto para los laicos que han sido llamados a santificarse en la recta ordenación de los asuntos terrenos en los que se hallan inmersos. El lamentable resultado de este segundo hecho fue que los laicos que pretendían ser buenos católicos abandonaban el campo de los negocios, en los que se maneja dinero -mammona iniquitatis-, para dejarlo a agnósticos y otra gente sin estas preocupaciones religiosas, o en manos de protestantes, sobre todo calvinistas, para los cuales el éxito temporal es señal de predestinación. Aquellos católicos que, a pesar de querer seguir siéndolo, se dedicaban a empresas con finalidad lucrativa, no era raro que lo hicieran con mala conciencia ya que, esta interpretación deformada de la religiosidad, el éxito engendra sentimiento de culpabilidad.

Pero esta cosmovisión sesgada representa tan sólo un largo paréntesis en la historia del catolicismo, ya que no fue la que imperaba hasta el final de la Edad Moderna ni es la que en el Concilio Vaticano II adoptó el Magisterio de la Iglesia Católica, en un intento de remediar los errores prácticos del pasado, propósito en el que desempeñó no pequeño papel el mensaje precursor difundido por Monseñor Escrivá de Balaguer, fundador del Opus Dei, quien desde el año 1928 venía predicando la santificación en el trabajo profesional y en el fiel cumplimiento de los deberes ordinarios de cada uno. Las siguientes frases extraídas de la Constitución Pastoral *Gaudium et spes*, promulgada el 7 de diciembre de 1965, entre otros textos que podrían aportarse, dejan bien sentada la postura actual de la Iglesia: *El Concilio exhorta a los cristianos, ciudadanos de las dos ciudades, a que se propongan cumplir con fidelidad sus deberes temporales, guiados siempre por el espíritu del Evangelio. Se equivocan quienes, pensando que no tenemos aquí ciudad permanente, pues buscamos la futura, creen que, en consecuencia, pueden descuidar sus tareas temporales, sin darse cuenta de que esa misma fe les obliga más a cumplirlas, de acuerdo con la vocación con que cada uno ha sido llamado. El cristiano que descuida sus deberes temporales descuida su deberes para con el prójimo, e incluso para con Dios, y pone en peligro su salvación eterna.*

Quede, pues, claro que poseer bienes y hacerlos fructificar, en provecho propio y de los demás, no se opone en absoluto ni al mensaje evangélico ni al papel que el cristiano debe asumir en este mundo mientras camina hacia el otro, ya que el rico que el Señor fustiga -el que es más difícil que entre en el cielo que un camello pase por el ojo de una aguja- no es el que posee bienes y menos el que los arriesga para crear puestos de trabajo y bienestar, sino el que se apega desordenadamente a ellos.

4 Juan Pablo II y el capitalismo

Expuestas las causas que, a mi juicio explican el *malentendido* y la sinrazón del mismo, pienso que el tiempo

que me queda debo destinarlo al análisis en exclusiva de la Encíclica *Centesimus annus* que, por ser la última de las dedicadas hasta ahora a la cuestión social, nos aporta la actualización del pensamiento del Magisterio en la materia. Y la verdad es que Juan Pablo II lo hace en forma clara y valiente, ya que no tiene el menor reparo en plantearse la pregunta que late en el fondo de la cuestión. En el número 42 de la Encíclica, el Papa retóricamente pregunta: *¿Se puede decir quizá que, después del fracaso del comunismo, el sistema vencedor sea el capitalismo, y que hacia él estén dirigidos los esfuerzos de los países que tratan de reconstruir su economía y su sociedad? ¿Es quizá éste el modelo que es necesario proponer a los países del Tercer Mundo, que buscan la vía del verdadero progreso económico y civil?*. Y da la contestación diciendo: *La respuesta obviamente es compleja. Si por 'capitalismo' se entiende un sistema económico que reconoce el papel fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consiguiente responsabilidad para con los medios de producción, de la libre creatividad humana en el sector de la economía, la respuesta ciertamente es positiva.* Fijaos que los elementos que integran la hipótesis pontificia son exactamente los mismos que constituyen la definición del capitalismo tal como la di al principio y tal como, a mi juicio, se practica al día de hoy, aunque el Papa añade -como ya antes advertí- que *quizás sería más apropiado hablar de 'economía de mercado', o simplemente de 'economía libre'.*

4.1 Capitalismo sí, capitalismo no

Acto seguido el Papa avanza en la distinción que quiere hacer entre *capitalismo bueno* y *capitalismo malo* y añade: *Pero si por 'capitalismo' se entiende un sistema en el cual la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso, entonces la respuesta es absolutamente negativa.* Es decir, el Papa advierte de las desviaciones erróneas en las que el capitalismo, como cualquier otra forma de construcción humana, puede incurrir y evidentemente las condena.

Planteada la distinción y la diferente respuesta moral que cada una de las hipótesis demanda, Juan Pablo, en el número siguiente, reafirmando la enseñanza constante, escribe: *La Iglesia no tiene modelos para proponer. Los modelos reales y verdaderamente eficaces pueden nacer solamente de las diversas situaciones históricas, gracias al esfuerzo de todos los responsables que afronten los problemas concretos en todos sus aspectos sociales, económicos, políticos y culturales que se relacionan entre sí. Para este objetivo la Iglesia ofrece, como orientación ideal e indispensable, la propia doctrina social, la cual -como queda dicho- reconoce la positividad del mercado y de la empresa, pero al mismo tiempo indica que éstos han de estar orientados hacia el bien común.*

4.2 La justa función de los beneficios

Esta preocupación por el bien común es la que debe orientar e imponer, en su caso, límites al comportamiento de los que trabajan dentro del sistema capitalista creyendo que es el modelo de organización social que mejor contribuye, dentro de las imperfecciones de toda obra humana, al bienestar de los pueblos. El Papa, en el afán de prestar un servicio de orientación a las conductas, porque, en su propia terminología, *la Iglesia tiene una palabra que decir*, desciende al detalle y afirma: *La Iglesia reconoce la justa función de los beneficios, como índice de la buena marcha de la empresa. Cuando una empresa da beneficios significa que los factores productivos han sido utilizados adecuadamente y que las correspondientes necesidades humanas han sido satisfechas debidamente.* Es fácil advertir aquí una descripción de la cascada de resultados de la empresa, cascada en la que de la riqueza creada o valor añadido, medido por la diferencia entre los ingresos por las ventas y los pagos a los proveedores, se van restando las remuneraciones al trabajo, en forma de salarios y otras compensaciones; a los suministradores de capital de deuda, en forma de intereses; al Estado, en forma de impuestos; y, finalmente, a los propietarios del capital de riesgo, en forma de beneficios, de los cuales, dicho sea de paso, sólo una parte les será distribuida como dividendo; el resto se reinvertirá para el crecimiento de la empresa.

El Papa, en el párrafo citado, ha descrito la función social del beneficio. Pero, lógicamente, el Papa, a continuación, quiere especificar algunas de las condiciones para que esta función social no quede viciada en origen por fallos de orden moral y añade: *Sin embargo, los beneficios no son el único índice de las condiciones de la empresa. Es posible que los balances económicos sean correctos y que al mismo tiempo los hombres,*

que constituyen el patrimonio más valioso de la empresa, sean humillados y ofendidos en su dignidad. Además de ser moralmente inadmisible, esto no puede menos de tener reflejos negativos para el futuro, hasta para la eficacia económica de la empresa. En efecto, la finalidad de la empresa no es simplemente la producción de beneficios, sino la existencia misma de la empresa como comunidad de hombres que, de diversas maneras, buscan la satisfacción de sus necesidades fundamentales y constituyen un grupo particular al servicio de la sociedad entera. Los beneficios son un elemento regulador de la vida de la empresa pero no el único; junto con ellos hay que considerar otros factores humanos y morales que, a largo plazo, son por lo menos igualmente esenciales para la vida de la empresa. Maravilloso párrafo en el que se mezclan armónicamente los argumentos éticos y los económicos y en el que verá reflejado su pensamiento todo verdadero empresario que, como tal, busca no el beneficio inmediato y fácil ni el enriquecimiento por caminos torcidos, sino una sostenida rentabilidad de gestión que asegure la pervivencia y la expansión de la empresa.

4.3 Las críticas al sistema ético-cultural

Se me dirá que el Papa no sólo hace advertencias sino que también formula críticas concretas a modos de comportamiento actuales de las sociedades occidentales. Es muy cierto y, además, estas críticas son muy severas. Juan Pablo II, declarando que *la demanda de una existencia cualitativamente más satisfactoria y más rica es algo en sí mismo legítimo*, censura el fenómeno del consumismo, como manifestación de una determinada cultura o concepto global de la vida, en la que se ausente la imagen integral del hombre, el instinto se convierte en guía de la conducta. El Papa denuncia aspectos especialmente llamativos del consumismo como la droga y la pornografía, que atentan contra la dignidad del hombre y *explotan la fragilidad de los débiles*, en un vano intento de *llenar el vacío espiritual que se ha venido a crear.* El Papa, pasando a la cuestión ecológica, denuncia un estilo de vida encaminado a *tener y gozar más que a ser y crecer*, que lleva a consumir *de manera excesiva y desordenada los recursos de la tierra y su misma vida*, precisando que *en la raíz de la insensata destrucción del ambiente natural hay un error antropológico* que hace que *en vez de desempeñar su papel de colaborador de Dios en la obra de la creación, el hombre suplanta a Dios y con ello provoca la rebelión de la Naturaleza, más bien tiranizada que gobernada por él.*

El Papa dice que *nos esforzamos muy poco por salvaguardar las condiciones morales de una auténtica 'ecología humana'.* Y tras precisar que *la primera estructura fundamental a favor de la 'ecología humana' es la familia*, denuncia una actitud de acuerdo con la cual el hombre es *inducido a considerar la propia vida y a sí mismo como un conjunto de sensaciones que hay que experimentar más bien que como una obra a realizar.* De aquí nace, dice Juan Pablo II, *una falta de libertad que le hace renunciar al compromiso de vincularse de manera estable con otra persona y engendrar hijos, o bien le mueve a considerar a éstos como una de tantas 'cosas' que es posible tener o no tener, según los propios gustos, y que se presentan como otras opciones.* El Papa denuncia también *la cultura de la muerte* que orienta el ingenio del hombre *a limitar, suprimir o anular las fuentes de la vida, recurriendo incluso al aborto, tan extendido por desgracia en el mundo* y censura *las campañas sistemáticas contra la natalidad, que, sobre la base de una concepción deformada del problema demográfico y en un clima de absoluta falta de respeto por la libertad de decisión de las personas interesadas, las someten frecuentemente a intolerables presiones para plegarlas a esta forma nueva de opresión.*

El Papa, por otra parte, refiriéndose al papel del Estado, denuncia *la falta de seguridad, junto con la corrupción de los poderes públicos y la proliferación de fuentes impropias de enriquecimiento y de beneficios fáciles -basados en actividades ilegales o puramente especulativas.*

Todas éstas son, entre otras, críticas, censuras y denuncias que pueden leerse en la Encíclica *Centesimus annus*, pero ninguna de ellas va contra el capitalismo como sistema económico. El propio Papa lo aclara cuando señala: *Estas críticas van dirigidas no tanto contra un sistema económico, cuanto contra un sistema ético-cultural. En efecto, la economía es sólo un aspecto y una dimensión de la compleja actividad humana. Si es absolutizada, si la producción y el consumo de las mercancías ocupan el centro de la vida social y se convierten en el único centro de la vida social, no subordinado a ningún otro, la causa hay que buscarla no sólo y no tanto en el sistema económico mismo, cuanto en el hecho de que todo el sistema socio-*

cultural, al ignorar la dimensión ética y religiosa, se ha debilitado, limitándose únicamente a la producción de bienes y servicios. Y finaliza este apartado añadiendo: *Todo esto se puede resumir afirmando una vez más que la libertad económica es solamente un elemento de libertad humana. Cuando aquélla se vuelve autónoma, es decir, cuando el hombre es considerado más como un productor o un consumidor de bienes que como un sujeto que produce y consume para vivir, entonces pierde su necesaria relación con la persona humana y termina por alienarla y oprimirla.*

Estos dos últimos párrafos del Papa deberían servir para terminar con el malentendido, ya que ellos y el resto de la Encíclica no solamente no contradicen el pensamiento liberal sino que son perfectamente aceptados por esta corriente que siempre ha considerado que la libertad económica no es más que una parte de la libertad, la cual para ser verdaderamente libertad debe ser total, cubriendo, además de la vertiente económica, la cultural, la política y la social. Se constituye así un sistema coherente y eficaz en el que la libertad de cada uno se mueve sin más límite que el respeto a la libertad y a los derechos de los demás, es decir, sin más límite que la verdad determinada por la norma moral objetiva.

Por lo tanto, yo acojo, con reverencia y ánimo dispuesto a la acción, todas las advertencias, críticas, censuras y consejos que el Papa hace a los católicos y a todos los hombres de buena voluntad para que, con el propio ejemplo y la palabra, nos esforcemos en mejorar el sistema ético-cultural -caracterizado por la caída de tantos valores fundamentales y lleno de tantos fallos morales- que impera en buena parte de nuestras sociedades desarrolladas. Pero, en uso de la libertad que la Iglesia me otorga en relación con las cuestiones técnicas, sigo pensando que el capitalismo es la mejor, o si queréis la menos mala, forma de organización económica. Y, al mismo tiempo, sostendré que, en la medida que, con el esfuerzo de todos, se logre mejorar el sistema ético-cultural, las personas serán mejores -que es lo que finalmente importa- y estas personas, animadas de propósitos más nobles, obtendrán del sistema capitalista mejores resultados para el bien común.

Concluyo. Sin duda que la Encíclica *Centesimus annus*, que pretende y, a mi entender, logra sintetizar y actualizar la enseñanza social de la Iglesia, es tan rica en contenido que proporciona material para muchos más comentarios de los que yo, en mi exposición, he podido hacer. Sin duda también, otros podrían extraer de la Encíclica conclusiones distintas de las que yo me he permitido aportar. Cuando convinimos el título de mi conferencia pensé que al escogido podría añadírsele, como subtítulo, *La Centesimus annus leída por un liberal católico.* Admito que mis reflexiones son el resultado de la lectura que yo he hecho desde mi óptica liberal.

Por cierto -y con esto sí termino- tras ligero titubeo sobre si sugerir *católico liberal* o *liberal católico*, inmediatamente opté por lo segundo porque el matiz que imprime el orden de la frase es relevante. Pienso que el nombre de católico no puede adjetivarse de ninguna manera. Llamarse católico liberal está en la línea de lo de *católico progresista* o *católico integrista*, clasificación que no he entendido nunca. O se es católico, aceptando todo y nada más que el depósito de la Revelación -Escritura y Tradición interpretadas por el Magisterio- o no se es católico. Lo cual no obsta para que dentro de los verdaderamente católicos haya tanta diversidad en la manera de seguir a Cristo, como inagotables son los dones del Espíritu Santo. Por ejemplo, siendo ambos santos canonizados, no son iguales los modos de santificarse de San Francisco de Asís, el *poverello*, y de Santo Tomás Moro que fue Canciller de Inglaterra. Católico, digo, no puede adjetivarse; liberal sí. Un liberal puede ser católico, protestante, de cualquier otra confesión o agnóstico. Yo me confieso liberal católico, es decir -para usar la terminología antes traída a colación- apuesto por una *corriente* liberal cuyo contenido a mi entender es totalmente compatible con la antropología cristiana y pretende ser fiel a la doctrina de la Iglesia. Desde esta postura leí, en su día, la Encíclica y hoy, aquí, he transmitido mis reflexiones. Si son o no compartidas por todos los asistentes, no lo sé. Tal vez el coloquio lo aclare. En cualquier caso, agradezco la atención que se me ha dispensado.

No hay límite al progreso de cada persona más que ella misma, cuando hay libertad.

Miguel Obando y Bravo

NORMA R. DE DENGO[1]

El orden espontáneo en Hayek y la ley natural en Kant

En este ensayo se tratará de establecer las similitudes o coincidencias existentes entre el orden espontáneo de Hayek y la ley natural de Kant. Se tratará de demostrar que tanto Hayek como Kant afirman que existe un orden en la sociedad que no es creado ni por una mente divina, ni por la intención deliberada del hombre, sino que éste descubre y aplica las normas que regulan dicho orden, y en la mayoría de los casos, sin tener un conocimiento explícito de éstas.

Orden espontáneo

El individuo en su diario quehacer orienta siempre sus acciones hacia la persecución de un fin deseado, ya sea éste económico, artístico, científico o recreativo. Para poder conseguir el deseado fin u objetivo, el individuo tiene que tener una idea de los medios a su disposición para poder ordenarlos de cierta manera que le permitan la consecución de sus deseos. Esto implica que se ve en la necesidad de organizar todos esos elementos en forma deliberada, es decir, establecer un orden en sus acciones. También estamos habituados, cuando se trata de nuestros trabajos, ya sean éstos académicos, científicos, industriales, etc., a organizar las relaciones entre las partes, según un plan preconcebido.

Esta forma de comportarse y organizarse, ya sea en el plano individual o en el plano empresarial, ha llevado al hombre a creer que la sociedad debería ser organizada de la misma forma, por medio de instituciones deliberadamente creadas, que le permitan satisfacer objetivos y fines preconcebidos, de lo contrario, se produciría el caos.

'*El hombre ha creado su civilización y, por lo tanto, también puede cambiar sus instituciones como guste. Dicha afirmación estaría justificada únicamente si el hombre hubiese creado la civilización deliberadamente, con completo conocimiento de lo que estaba haciendo, o si tal hombre, por lo menos, conociese claramente la manera de mantenerla. En cierto sentido es, desde luego, verdad que el hombre ha creado su civilización y que ésta constituye una producción de las acciones humanas o más bien de las acciones de unos pocos centenares de generaciones; sin embargo, ello no significa que la civilización sea el resultado de los designios humanos o que incluso los hombres sepan de qué depende su funcionamiento y continuada existencia*'.[2]

El planteamiento que hace Hayek acerca de la civilización obedece a las dos posturas filosóficas que han dominado el mundo occidental y que tienen sus orígenes en Platón y Aristóteles, el racionalismo y el empirismo.

El racionalismo se origina en la filosofía platónica con el concepto del mundo inteligible, en el cual están las esencias eternas e inmutables, y el mundo material y contingente que no es más que imagen, copia de las esencias. Al conocimiento de las esencias únicamente podemos acercarnos por medio de la razón, que es la fuente del conocimiento verdadero, o sea que como seres dotados de razón no tenemos que ir a la experiencia externa para conocer la verdad, pues ésta sólo la tenemos que descubrir por medio de la dialéctica, método introspectivo de dia-

1 Catedrática de la Universidad Francisco Marroquín
2 Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, p. 48

logo del intelecto. Del mundo empírico no podemos tener más que opinión, pues no se puede conocer lo que está en continuo cambio.

La *duda metódica* que indujo a Descartes -padre del racionalismo moderno- a rechazar por espúreo todo aquello que no pudiese ser lógicamente derivado de premisas *claras y evidentes* y, por lo tanto, indudables, provocó la creencia que las instituciones no podían surgir de manera espontánea, sino que deberían ser creadas en forma deliberada, partiendo de premisas claras y evidentes para llegar a conclusiones verdaderas, por medio de deducciones puramente lógicas. Esta fe en el ilimitado poder de la razón produjo en el campo social el denominado constructivismo, que consiste en creer que existen hombres con un conocimiento tal que pueden planificar, organizar y crear órdenes sociales. La influencia platónica es aquí muy clara, pues en la creación de su República establece una clase gobernante formada por filósofos, que eran los únicos que tenían la capacidad de crear un orden social, pues su sabiduría les permitía establecer el orden perfecto. El resultado de esta posición racionalista condujo a creer, en forma casi inevitable, que todo aquello a lo que el hombre debe el avance de la civilización habría de ser necesariamente fruto de algún proceso racional así entendido. En Hobbes y Rousseau encontró el constructivismo su más completa expresión, al suponer ambos filósofos que la sociedad civil se había formado como resultado de un pacto o contrato social.

El empirismo, que se origina en la filosofía aristotélica, contrario al racionalismo, afirma que la fuente del conocimiento es la experiencia. Para Hume el conocimiento se adquiere por medio de las percepciones sensibles, de las cuales se forman ideas que son los elementos que forman nuestro conocimiento, el papel de la razón es el de permitirnos pasar de lo conocido a lo desconocido. El criterio de verdad radica en la concordancia de la idea con su correlativo. La posición empírista de Hume, que le da al hábito y a la tradición una gran relevancia, desembocó en el llamado evolucionismo social, que admite que las costumbres, normas e instituciones sociales son el resultado de un largo y lento proceso de formación, en el cual el hombre ha ido reteniendo aquellas instituciones y normas útiles y rechazando todo lo que fuera perjudicial para el grupo o grupos; de manera que los grupos que actuaron en forma contraria se disolvieron. '*No es cierto que nuestros actos deban su efectividad exclusiva o principalmente a este tipo de conocimiento susceptible de ser expresado verbalmente y, por lo tanto, de quedar integrado en las premisas explícitas de un silogismo. Muchas de las instituciones sociales imprescindibles para alcanzar nuestros objetivos son fruto de ciertas prácticas, hábitos o costumbres que ni son resultado de la humana inventiva ni prevalecen en razón de los fines que pueden alcanzarse a través de ellas*'.[3]

El fundamento del constructivismo radica en la posibilidad de que una persona o grupo de personas puedan tener el conocimiento de todos los hechos relevantes y, por lo tanto, puedan arreglar las relaciones entre las partes según un plan preconcebido, y de esta forma organizar y crear los mecanismos idóneos para el desarrollo y progreso de la sociedad. El constructivismo ha desembocado en la formación de sistemas políticos, total o parcialmente centralizados, en los cuales el Estado ha concentrado en sus manos toda la planificación del quehacer económico, financiero, educativo, de salud, etc., controlando, por medio de un enjambre de leyes y reglamentos, toda la actividad de los miembros de la sociedad, que en otros sistemas -que señalaremos posteriormente- fueron actividades efectuadas por los miembros de la sociedad dentro de un marco de libertad y espontaneidad. Hayek se opone a este orden constructivista, pues afirma que la experiencia de la historia ha demostrado que esa clase de conocimiento es imposible que sea obtenido por uno o varios individuos, pues la cantidad de conocimiento acumulado que se encuentra esparcido entre los miembros de una sociedad, no puede serle dado a un solo hombre o grupo de hombres.

Hayek admite: '*En el campo social, la clase de orden que se logra arreglando las relaciones entre las partes, según un plan preconcebido, se llama organización. Es bien conocida la medida en que el poder de muchos hombres puede ser aumentada por medio de tal coordinación deliberada de sus esfuerzos y muchos de los logros del hombre dependen del uso de esta técnica. Es un orden que todos entendemos porque sabemos cómo ha sido logrado. Pero no es ese ni el único ni la princi-*

3 Hayek, *Derecho, legislación y libertad* VI:32

pal clase de orden del cual depende el funcionamiento de la sociedad; ni puede la totalidad del orden social lograrse de esa manera'.[4]

El individuo en su vida diaria se encuentra frente al problema de tener que adaptarse, continuamente a nuevas circunstancias y buscar los medios a su alcance para hacerles frente. Para resolver los problemas que diariamente le acosan, el individuo cuenta con un conocimiento limitado, ya que únicamente le es dado conocer las específicas circunstancias dentro de las cuales actúan los demás individuos que conforman la sociedad. Pero de este conocimiento que está esparcido en la sociedad, el individuo, al resolver sus problemas particulares, utiliza descubrimientos y conocimientos que otros han elaborado, sin tener conciencia, en la mayoría de los casos, de dónde proceden y por qué los utiliza. Al respecto Hayek afirma: '*La mayoría de las ventajas de la vida social, especialmente en las formas más avanzadas que denominamos 'civilización', descansa en el hecho de que el individuo se beneficia de más conocimientos de los que posee. Cabría decir que la civilización comienza cuando en la persecución de sus fines el individuo puede sobrepasar los límites de su ignorancia aprovechándose de conocimientos que no poseía*'.[5]

Se puede colegir de lo señalado en los párrafos anteriores que las acciones del individuo están relacionadas con las actividades de los demás miembros de la sociedad, pues los éxitos de unos ayudan a la persecución de los fines de los otros. Esta relación que se establece entre los miembros de la sociedad, aunque no ha sido planificada, ni organizada deliberadamente, no implica que sea caótica, sino que obedece un orden distinto al de la organización; es lo que Adam Smith llama el orden de *la mano invisible*, y Hayek denomina el *orden espontáneo*.

El orden espontáneo del que nos habla Hayek es un orden que se ha creado a sí mismo, y como todo orden, está sujeto a normas de conducta que los individuos deben observar para así vivir en paz y poder lograr los fines que se proponen. A diferencia del orden de la organización, las normas que rigen el orden espontáneo no han sido creadas intencionalmente, sino que han surgido espontáneamente como producto de la interrelación y actividad de los individuos. Estas normas son el resultado de una larga evolución histórica. El individuo, por lo general, se adapta a dichas normas en su diario vivir, sin estar, en la mayoría de los casos, consciente de su contenido, ni de poder dar explicaciones verbales sobre las mismas, pero le sirven de marco para saber cómo actuar, y como son de aplicación y observación general y universal, también le permiten una cierta probabilidad de poder saber cómo se comportarán los demás dentro de ciertas circunstancias. Además del carácter de aplicación general y universal, las normas de este orden '*son independientes de cualquier fin concreto. Deben, por otra parte, ser idénticas, si no necesariamente para todos sus miembros, sí por lo menos para toda clase social que sea susceptible de particularización. Deberán ser aplicables a un número desconocido e indeterminado de personas y casos. Cada sujeto las contemplará a la luz de sus particulares conocimientos y propósitos y con independencia de los posibles resultados colectivos, que ni siquiera el mismo autor precisa conocer [...] esto significa que las normas generales del derecho, sobre las que todo orden espontáneo descansa, propician la plasmación de un orden abstracto cuyo contenido nadie puede conocer ni prever*'.[6]

Como se ha señalado, el orden espontáneo descansa en la observancia y aceptación de principios, siendo el principal fundamental *la libertad*. Esto implica que en una sociedad, tanto el gobierno como las decisiones de la mayoría deben estar limitadas por lo que Locke denominó '*los derechos fundamentales del hombre: el derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad*'. La razón de ser del legislativo es la de preservar estos derechos mediante de leyes que eviten la coacción, tanto entre los miembros de la sociedad, como de medidas arbitrarias de los gobernantes. En una sociedad en la cual existe libertad, el individuo actúa de acuerdo con su propia voluntad, tiene la posibilidad de emplear sus conocimientos al servicio de sus propios fines; todo esto dentro del marco de las normas generales. '*Un orden basado en la libertad permite a todos los seres humanos dedicar sus personales conocimientos al logro de sus particulares fines, sin mas restricción que la establecida por ciertas normas de*

4 Hayek, *El orden de la libertad*, p. 30
5 Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, 2:47
6 Hayek, *Los fundamentos de la libertad*.

comportamiento igualmente aplicables a toda la población [...] La libertad ha sobrevivido gracias a que estos principios, aunque aprehendidos sólo de manera vaga y confusa, fueron debidamente asumidos por la opinión general[7].

El orden espontáneo se establece si no hay quien lo impida. Si las leyes de un Estado permiten que los individuos utilicen libremente sus propios conocimientos en la persecución de sus propios intereses, sin coartar con medidas y reglamentos arbitrarios la voluntad individual, el resultado será una sociedad de hombres libres, ciudadanos maduros y responsables de su propio destino bajo el imperio de la ley.

Kant y la ley natural

Generalmente, cuando se emplea la expresión *ley natural*, se está pensando en las leyes que rigen en el mundo físico. Pero también encontramos autores que usan la denominación *ley natural* o *derecho natural* indistintamente, cuando se refieren al ámbito de la convivencia social. Aunque en la idea fundamental casi todos concuerdan, si presentan ciertas variantes, por lo que creemos conveniente hacer una corta alusión a las teorías de los principales autores sobre este tema, para poder comprender el concepto kantiano acerca de la *ley natural*.

Desde la antigüedad se formuló la pregunta de si el derecho lo daba la ley positiva o la naturaleza. Aristóteles escribe, en su *Etica a Nicómaco*: '*De lo justo civil, uno hay que es natural, y otro que es legítimo. Lo justo natural doudequiera tiene la misma fuerza, y es justo, no porque les parezca así a los hombres ni deje de parecerles*'. O sea que es una ley de la naturaleza independiente de la voluntad o creación humana. Aristóteles llama en varios pasajes a la ley natural como la ley proveniente de la *divinidad*.

En el Derecho romano el método de formular los principios jurídicos *naturali ratione*, bajo la influencia griega, conduce a los jurisconsultos clásicos a la idea del Derecho natural.

Surge la antítesis *ius civile-ius naturales*, *natura*, *naturalis*, *naturaliter*, términos que indican aquello que se produce en el mundo sin la intervención del hombre. *Naturalis* es, en primer lugar, la común denominación del conjunto de normas que existe en la sociedad y la gobiernan sin que el Estado las haya creado o reconocido; en otro sentido, expresa todo lo que en el Derecho mismo tiene una existencia objetiva, independiente de la voluntad del Estado o del individuo.[8]

En los libros 1 y 2 del *Tratado de las leyes*, que más que una exposición de cuestiones jurídicas viene a ser una exaltación del Derecho natural, encontramos numerosos textos de donde se obtienen los puntos capitales del pensamiento de Cicerón. Acepta como derecho fundamental la ley suprema que ha nacido para todos los siglos, antes de que existiese ley alguna escrita, antes también de que se fundase ninguna ciudad.[9] Exalta, Cicerón, el valor del hombre, ser único dotado de razón. '*Ahora bien; allí donde la razón es común; lo es también la recta razón; y como ésta es la ley, por la ley debemos considerarnos los hombres en sociedad con los dioses*'. Y afirma que '*hemos nacido para la justicia*' y que '*el Derecho no lo establece la opinión, sino la naturaleza*'.[10] Es evidente que para Cicerón la ley natural, aunque de origen divino, se encuentra en la razón, y específicamente en la recta razón, o sea que el hombre la reconoce por medio del uso de ésta.

La influencia grecorromana de la ley natural es clara en los escritos de Santo Tomás y de Francisco Suárez, para quienes la ley natural está inserta en la mente humana para discernir entre lo honesto y lo torpe.

En los siglos XVII y XVIII el iusnaturalismo racionalista de la época de las luces, no puede, en ningún momento, confundirse con la concepción iusnaturalista de la que hasta aquí se ha hecho mención.

La concepción racionalista del Derecho natural es un producto filosófico social de la época en que nace. En el primer sentido, representa una exaltación de la razón como valor máximo del individuo y de la humanidad, que encuentra en Kant su especulador

7 F. Havek, *Derecho y legislacion*, p. 101
8 Bonfante, *Scritti giuridici varii* III. 1926, p. 1 y ss.
9 Ciceron, *Obras completas*, VI.:214 215
10 Ciceron, *Obras completas*, VI.:226

más consumado; en Rousseau, su consagración ideológica, en Grocio y Pufendorff, sus juristas. En su nombre se lleva a cabo la Revolución Francesa.[11]

En su ensayo, *Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, Kant afirma que cualquiera que sea la concepción metafísica que se tenga acerca de la libertad de la voluntad, las manifestaciones de la voluntad en el mundo fenoménico versus las acciones humanas, están determinadas de acuerdo con la ley natural, de la misma manera que cualquier evento natural. El papel de la historia es descubrir estas leyes, que nos permita pensar, que si se examina el libre ejercicio de la voluntad humana a gran escala, se podrá descubrir una progresión regular entre las acciones libres de los hombres. A la historia le compete dar una explicación de este fenómeno, sin importar cuán encubiertas puedan estar sus causas. De la misma manera cree que lo que nos parece fortuito en las acciones de los individuos, pueda ser reconocido en la historia de la especie, como un lento desarrollo de las capacidades humanas; es decir, el desarrollo progresivo de la razón;. Reconoce que el reconocer estas leyes no es tarea fácil y afirma: '*Talvez el curso general de la historia muestra un desarrollo en el género humano similar al que los biógrafos descubren en el individuo*'.[12]

'*El individuo y aun naciones enteras ignoran que mientras persiguen sus propios fines, cada uno a su manera y en muchas oportunidades opuestos unos a otros, han sido guiados en sus progresos por un camino intentado por la naturaleza. Están inconscientemente promoviendo un fin, que aunque supieran cuál era, difícilmente despertaría su interés*'.[13]

Como se puede apreciar, el concepto que Kant tiene de la *ley natural* difiere de la concepción que de la misma se ha manejado en el mundo occidental a partir de los griegos hasta el siglo XVI. El fin que perseguía la observancia de la *ley natural* en los siglos anteriores a Kant, era la justicia y el respeto a los derechos fundamentales del hombre. Se tenía la creencia de que la ley natural había sido promulgada por la divinidad o la razón universal, y que toda ley humana debería estar supeditada a los dictámenes de la ley natural. En la época racionalista del siglo XVII y XVIII cambia dicha concepción y la ley natural obedece a la propia naturaleza del hombre. En Kant encontramos una concepción muy propia, pues la ley de la que nos habla, ni es promulgada por un legislador divino ni obedece a la naturaleza racional del hombre, sino que es inmanente a la naturaleza.

Generalmente, al hablar de progreso, se piensa en éste, como el resultado del acopio de conocimientos tanto científicos como tecnológicos, que le han permitido a la humanidad tener una vida mejor y más placentera. El progreso al que se refiere Kant, no es el concepto de progreso señalado, sino que se refiere al desarrollo progresivo de la capacidad racional del hombre y que, a través de la historia de la humanidad, el hombre en el ejercicio de su libre actividad, y sin tener conocimiento de ello, ha seguido el plan que la naturaleza había trazado. Pareciera que Kant intuye que aunque el hombre actúa libremente y de acuerdo con sus propios designios, sin un plan determinado, existe una cierta regularidad, un cierto ordenamiento en el desarrollo progresivo de las capacidades humanas, y como este desarrollo no es planificado ni organizado por los miembros de la sociedad, tiene que ser la naturaleza la que así lo ha configurado. La única salida para el filósofo, ya que no puede asumir que el género humano tenga, en sus acciones colectivas un propósito racional o propio, es tratar de descubrir un propósito en la naturaleza, detrás del curso sin sentido de los eventos humanos, y decidir si es posible formular en términos de un plan definido de la naturaleza, la historia de criaturas que actúan sin un plan preconcebido.[14]

Kant elabora una serie de proposiciones que son los elementos que configuran el plan de la ley natural. Considera que las capacidades naturales de las criaturas están destinadas, tarde o temprano, a desarrollarse de acuerdo con sus fines, siendo los del hombre el pleno desarrollo de la razón; pero esto no se logra en el individuo, sino que si se llega a lograr, obedece a un lento y acumulativo progreso de la especie. La naturaleza ha querido que el hombre goce, únicamente, de la felicidad y el bienestar que el

11 A. Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 43.
12 Kant, *Idea for Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, p. 36.
13 Kant, *Idea for Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, p. 41.
14 Kant, *Idea for Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, p. 42

mismo ha producido, no por medio del instinto, sino por su propia razón. Y el problema más grande que enfrenta el hombre, la solución que la naturaleza le obliga a encontrar, es la de formar una sociedad civil que pueda administrar una justicia universal. '*Este propósito puede ser logrado únicamente en una sociedad, que no sólo tiene la mayor libertad, y, por lo tanto, un continuo antagonismo entre sus miembros, sino también la especificación y preservación más precisa de los límites de esta libertad, de manera que pueda coexistir con la libertad de los otros. La tarea más sublime que la naturaleza le ha asignado al género humano, debe ser, por lo tanto, la de establecer una sociedad en la cual la libertad bajo leyes externas pueda ser combinada de la manera más extensa con fuerzas irresistibles, en otras palabras el establecer una constitución política justa*'.[15]

'*La historia del género humano como un todo, puede ser considerada como la realización de un plan oculto de la naturaleza para llevar a cabo, interna y externamente, una constitución política perfecta, como el único estado perfecto dentro del cual todas las capacidades naturales del género humano puedan ser completamente desarrolladas*'.[16]

Similitudes y diferencias entre las ideas de Hayek y Kant

Al analizar las ideas de Hayek y Kant en este ensayo, encontramos que existen muchos puntos de contacto entre ambos escritores acerca de temas que, aunque han sido tratados en forma diferente, llevan a conclusiones semejantes.

Ambos autores señalan que existe una regularidad en las acciones intersubjetivas de los individuos que conforman la sociedad. Que esta regularidad le conforma una serie de normas o pautas de conducta que los individuos aceptan sin saber de dónde provienen, quién o quiénes las formularon, y que en la mayoría de los casos, los hombres se guían por ellas sin estar conscientes de su acatamiento. Hayek las llama normas generales de convivencia social; y Kant, leyes de la naturaleza. Si bien es cierto que los dos pensadores parten de puntos de vista e intereses diferentes -Hayek tratando de explicar cómo se da ese orden que no ha sido intencionalmente elaborado por persona alguna, y Kant queriendo descubrir un plan de la naturaleza cuyas leyes o normas guían las acciones de hombre- ambos admiten la existencia de normas o leyes que guían las acciones del hombre y que éste no elaboró. Existe una aparente diferencia entre la teoría kantiana y la hayekiana, ya que para Kant estas leyes son inherentes a la naturaleza, mientras que para Hayek son producto de la acción del hombre. El primero quiere explicar el desarrollo que la razón ha tenido y seguirá teniendo en el transcurso de la civilización; y el segundo, el origen del orden espontáneo. Pero cabe la pregunta: ¿No será posible que este orden de que nos habla Hayek, que no ha sido creado intencionalmente, obedezca a la estructura racional y moral, características ambas inherentes a la naturaleza humana? ¿No obedecerá este orden a ciertas leyes que conforman dicha naturaleza, y por ser parte de esa naturaleza, el hombre se deja guiar por ellas sin mayor problema?

Para Kant uno de los principales elementos del plan de la naturaleza es el continuo desarrollo de las capacidades del hombre, y como ya se señaló, la principal capacidad es la razón. El desarrollo de la razón, dice Kant es un largo y lento perfeccionamiento de la misma, que se logra mediante de un lento proceso histórico de desarrollo humano. '*El propósito más grande de la naturaleza -el desarrollo de todas las capacidades naturales- puede ser desarrollado únicamente en sociedad, y la intención de la naturaleza es que los hombres logren esto y todos sus propios esfuerzos. Este propósito sólo puede lograrse en una sociedad que no sólo tenga la mayor libertad, sino las especificaciones más precisas de los límites de esta libertad, para que pueda coexistir con la libertad de los otros -ver cita anterior-. Pues únicamente a través de la solución y el cumplimiento de esta tarea puede la naturaleza cumplir sus otras intenciones con nuestra especie*'.[17] Encontramos aquí una gran similitud con Hayek quien afirma, al criticar a los racionalistas que desean subordinar todo a la razón humana: '*Los procesos de la razón descansan en la libertad y en la imposibilidad de predecir las acciones humanas. Cuando magnifican los poderes de la*

15 Kant, *Idea for Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, p. 50
16 Kant, *Idea for Universal History with a Cosmopolitan Purpose.*
17 Kant, *Idea for Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, p. 46

razón humana usualmente ven sólo una cara de aquella interacción del pensamiento y la conducta humana en donde la razón es al mismo tiempo formada y utilizada. No ven que para tener lugar el proceso social del cual surge el desarrollo de la razón éste tiene que permanecer libre de su control'.[18]

A ello añade Hayek que ni intentamos la defensa de la razón contra su abuso por aquellos que no tienen las condiciones de su funcionamiento efectivo y su crecimiento efectivo.[19]

Ambos autores reconocen que la capacidad racional se desarrolla a través de un lento y largo proceso. Admiten que para que este desarrollo se lleve a cabo es necesaria la libertad.

Ambos autores son grandes defensores de la libertad, pues consideran que sin ella el hombre no puede desarrollar sus capacidades. El individuo es un fin en sí, nunca debe ser usado como instrumento para, por medio de la coacción, satisfacer los intereses de terceros. Si bien es cierto que dentro de las acciones intersubjetivas de los individuos nos servimos unos de los otros, que no es otra cosa más que la solidaridad y la cooperación, esto se lleva a cabo voluntariamente por los individuos involucrados, sin ninguna fuerza coercitiva que obligue bajo amenaza de fuerza.

El otro aspecto en que ambos autores coinciden es en la impredicción de las acciones humanas; que el individuo, al perseguir sus fines, en el ejercicio libre de su voluntad, no tiene plena consciencia de que está siendo guiado por normas o por un plan de la naturaleza.

Tanto Kant como Hayek afirman, a lo largo de sus teorías, que es necesario que exista la libertad para que el hombre pueda desarrollar sus capacidades y progresar, siempre y cuando se comprenda, especialmente por los gobernantes, que cualquier intervención que restrinja la libertad individual, únicamente llevará a la sociedad al estancamiento, y como afirma Kant, no los dejará salir del barbarismo. '*El príncipe que no considere indigno decir que considera su deber no prescribir nada a sus súbditos, pero permitirles completa libertad [...] merece ser admirado por un agradecido presente y futuro, como el hombre que primero liberó al género humano de la inmadurez, y quien permitió al hombre usar libremente su propia razón en todos los asuntos que personalmente le conciernen. Los hombres por sí mismos saldrán, gradualmente, del barbarismo, siempre y cuando no se tomen medidas deliberadas para mantenerlos en él'.*[20]

Bibliografía

Cicerón, Marco Tulio
Obras completas. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.

Hayek, Friederich
1975 *Los fundamentos de la libertad.* Traducción de Rigoberto Juárez Paz. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.
Derecho y legislación. Traducción de Luis Reig Albiol. Madrid: Unión Editorial.

Hernández, Gil
Metodología de las ciencias del Derecho. Madrid.

Kant, Enmanuel
1918a *Idea for universal history with cosmopolitan purpose.* Edit by Ernest Cassirer. Berlin.
1918b *What is Enlightenment?* Edit by Ernest Cassirer. Berlin.

Platón
'Phaedo'. *Encyclopedia Britanica.* London: Great Books of the Western World.

18 Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, 2:46
19 Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, IV:103
20 Kant. *What is Enlightenment*, p. 59

No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés. No invocamos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo, ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas.

Adam Smith

KARIN ESCALER[1]

La ley, la libertad y la sociedad civil

1

¿Cuáles son nuestras esperanzas para el Tercer Milenio?

Más específicamente, ¿cuáles son las expectativas y posibilidades para el ideal de la libertad individual, así como para la ampliación, reforzamiento y garantía de una esfera de libre elección individual, en un mundo en el que, paralelos a la ola de globalización económica que implica una transformación profunda y radical tanto en la concepción como en la praxis del papel del Estado, reaparecen los viejos enemigos de la libertad: el marxismo y el socialismo, fatal ilusión de 70 años, los determinismos -los virulentos nacionalismos de todos los colores y las formas, anclados en la raza, la identidad nacional, la tribu y hasta el fundamentalismo religioso- la intolerancia, y el autoritarismo que hoy renace con el disfraz de *democracia liberal constitucional*?

En un mundo 'globalizado', en el que los triunfos de la ciencia y la tecnología, el uso intensivo y creciente de la tecnología de la información y una reestructuración de la configuración geopolítica del poder en un conglomerado de naciones cuyas alianzas o enemistades y escalas de valores no corresponden a la de la decimonónica Santa Alianza, ni al mundo Bipolar de la Guerra Fría sino a un concierto de Estados nacionales muy diferente y heterogéneo, presentan una situación compleja -como ningún filósofo político de toda la tradición de filosofía política occidental había tratado de analizar- que tiene un matiz predominante.

Es un vacío moral, una anomía que se expresan en una crisis de valores y de programas políticos coherentes, de búsqueda de gratificación personal inmediata sin pensar en el largo plazo, una orientación obsesiva al poder por el poder mismo en un vacío ideológico. Una pobreza espiritual, en la que se ha iniciado, a la par del desencanto con el resultado final de las tradiciones morales que han sustentado la praxis política, una búsqueda por renovadas escalas de valores, de respuestas por lo trascendente, de una nueva identidad de ser humano.

Czeslaw Milosz ve con preocupación lo que el llama la erosión gradual de la imaginación religiosa, por la Revolución Científica del siglo XVII: primero, apunta, vino el golpe asestado por Copérnico, que derribó la posición central de la Tierra, y luego Newton introdujo la idea del espacio absoluto, un espacio y un tiempo eternos que se extienden hasta el infinito. Una nueva cosmología ha estado reemplazando victoriosamente a la vieja, basada sobre el sitio privilegiado del hombre que fue creado a imagen de Dios y redimido por esa misma semejanza.

De alguna manera, señala Milosz, la nueva cosmología disolvió al hombre en la inmensidad de las galaxias, mas también existe un peligro mayor. Es de la destructividad de las ciencias de la vida. La teoría de la evolución abolió la diferencia entre los animales y el hombre, surgiendo serias interrogantes de orden moral, pues el hombre ya no era la excepcional criatura entre todos los demás seres vivos de este planeta que aun Descartes había aceptado que era.

Si el hombre también está sujeto a las leyes de la vida, incluyendo la de la supervivencia del mas

1 Catedrática de la Universidad Francisco Marroquín

fuerte, de nada sirven los moralistas, y la premisa de que el hombre es un animal más, apunta Milosz, pudo haber llevado a los grandes genocidios de este siglo, en los que se exterminó a millones de personas, como si fueran bichos sin ningún valor.

La ley que protege en un sistema democrático los derechos individuales, no tiene sentido alguno en estas concepciones masivas, genocidas, destructivas, surgidas, como señaló Solzhenytsin, cuando los hombres se olvidaron de Dios: se dedicaron a atropellarse unos a otros, a aniquilarse unos a otros, como animales sin ley y sin alma.

Estos temores tienen un denominador común subyacente, que es la probable destrucción de lo que hizo posible la libertad: la sociedad civil.

Este conjunto de prácticas morales, folclóricas y legales ha llegado a ser uno de los conceptos centrales tanto en la especulación como en los debates acerca del futuro político y social de Occidente y uno de sus productos distintivos: el gobierno mayoritario, la democracia. Su génesis, evolución, y, sobre todo, los desafíos que hoy enfrenta y su significado para la libertad individual son la razón de ser de esta reflexión.

Las respuestas que este trabajo aporta a estas interrogantes, son preliminares en una larga discusión que espera, pues en el umbral del siglo XXI, la libertad individual ve resurgir a sus otrora enemigos, en diferentes ropajes, y no son menos letales que como lo fueron anteriormente.

La agrupación político social que se puede denominar *asociaciones civiles*, tiene una larga historia, que corre paralela a la historia del acrisolamiento de Occidente como civilización, hasta la consolidación del Estado Nacional como forma de organización política dominante y los grandes cambios que ocurrieron, en los siguientes 500 años, cambios que también definieron transformaciones en la *sociedad civil*, y la pusieron a las puertas del Tercer Milenio.

Los griegos fueron los primeros en caer en la cuenta de esto que es *sociedad civil*, un complejo lazo de tradiciones religiosas, morales, legales, de consanguinidad, que unen a los integrantes de una sociedad. Para los helenos, la encarnación de este fenómeno fueron sus *polis*, intensamente individualistas. Para los romanos, la raíz de su sociedad civil que llegó a su máxima expresión como crisol de libertad fueron las *gens*, como las extensas agrupaciones de carácter aristocrático; grandes familias cuyos miembros tenían un culto familiar especial transmitido por la línea masculina. La Edad Media vio tanto los gremios y las guildas como la renovada ciudadanía -después de casi mil años de ausencia de autoridad central y una *civitas*- en las ciudades medievales del siglo XIII de la Stadtwirschaft y su autonomía: todas libres de las órdenes del Papa y del Emperador, si bien en las ciudades-estado italianas los ciudadanos respondían a su concejo municipal y se asociaban a sus *conjuratio* en la ciudad y a los *collegia* en la Universidad; en las ciudades señoriales de Flandes, a su señor; y las ciudades de la Liga de la Hansa como Lübeck -fundada por los romanos y heredera de sus tradiciones jurídicas y políticas-, Rostock y Hamburgo, tenían un gobierno municipal estructurado de acuerdo con la Liga.

El concepto de asociación civil ha sido estudiado y desarrollado con especial énfasis por Michael Oakeshott, llamado por muchos '*the Foremost English Political Philosopher of the Twentieth Century*', fallecido recientemente en 1990. Su línea fundamental de argumentación es que la política moderna se constituyó de un debate, persistente a través de los siglos de experiencia política europea hasta nuestros días, en torno al esfuerzo por responder a la pregunta *¿Qué deben hacer los gobiernos?*

Según Oakeshott, dos respuestas han dominado nuestro pensamiento político desde el siglo XV.

Uno, ejemplificado por pensadores como Rousseau y Marx, que expresa una creencia en la capacidad de los seres humanos para controlar, diseñar, vigilar y administrar todos los aspectos de la vida política y social. Esta creencia ha sido reforzada en gran medida por el intoxicante aumento de poder disponible para los gobiernos en tiempos modernos: el gran fenómeno político del siglo XX, el surgimiento del Estado como instrumento de Poder Total, como no lo soñaron ni Aristóteles, ni el Aquinate, ni siquiera Federico Hegel.

La otra respuesta, se refiere a los escépticos como Montaigne, Pascal, y Hobbes, quienes argumentaron que los gobiernos, en principio, son incapaces de producir perfección y que deberían evitarse las concentraciones de poder que pueden resultar en tiranías que pisoteen la dignidad del espíritu humano.

Ambas posiciones, según Oakeshott, tienen desventajas; y considera valioso un *justo medio* que incorpore en alguna medida un *sano escepticismo*, con una dosis de suficiente fe para evitar el quietismo total.

Oakeshott definió la política como '*the pursuit of intimations*', la búsqueda de intimidades, aparentemente en la línea en que Hayek habla de mantener una solidaridad (que sería nuestra solidaridad del lazo tribal) sin que interfiera con su concepción formalista, negativa y sociológica de la libertad como un acuerdo entre los hombres de reducir al mínimo la coacción, en el sentido de que el Estado, instituido como el legítimo monopolista de la fuerza, no haga uso de la fuerza, ni de la amenaza del uso de la fuerza, ni del engaño, sujetando a sí mismo y a los gobernados a normas legales que se apliquen abstracta, general e igualmente.

Así que también se traerán a la discusión las ideas de Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek y Sir Karl Raimund Popper. La utilidad de su presencia es elaborar contrastes y analogías sobre su concepción de la filosofía, del método de las ciencias de la acción humana que incluye una línea general sobre el concepto de inteligencia, órdenes sociales y configuración de la realidad que ambos presentan.

El concepto de asociación civil es desarrollado por Oakeshott en sus obras posteriores, que se exponen en diferentes términos según el estilo de teorizar adoptado en la obra. Y es precisamente en este concepto de asociaciones civiles que ha engarzado el meollo del concepto de liberalismo, como una modalidad de asociaciones constituida por la adherencia a reglas que son tan no instrumentales -entendiendo esto como Hayek entiende mandatos, reglas concretas, positivas y directas, en contraste con normas, generales, abstractas y de igual aplicación- como sea posible.

Según Oakeshott, a la luz de esta concepción el legado histórico de la sociedad civil se ve iluminado por la estructuración y formalización de la especulación hecha sobre ella, que la libera parcialmente de la contingencia conceptual a la que, desde un punto de vista histórico se ha visto limitada; reflexión atemperada por los escritos de los primeros teorizadores de la sociedad civil: Hobbes y Locke. Mas presenta un esquema de los lineamientos del sujeto de estudio, señala Oakeshott, '... con una distorsión mínima del contexto metafísico el que fuera presentado con mucha anterioridad'.[2] O sea que Oakeshott, en una línea diferente -en este punto- de Hayek y Popper, toma la vertiente iusnaturalista, de Cicerón, Platón, Aristóteles, San Agustín, Grocio y otros.

En ella, separa los elementos esenciales del concepto de asociación civil de '... excrecencias irrelevantes' que según él -y en esto difiere sustancialmente de Hayek y Popper, especialmente del primero) como las doctrinas de derechos humanos, el Estado *mínimo*, la doctrina de laissez faire, y el contrato social. Oakeshott cree que esta metodología permite especular acerca de la sociedad civil sin el exceso doctrinal y el ilusionismo universalista que pervade al concepto de liberalismo según lo que John Gray llama 'la filosofía de la libertad'.[3]

2

Así que la discusión sobre el concepto de sociedad civil, y lo que significa ésta en este mundo moderno, junto con el impacto de su supervivencia -o destrucción- y los cambios que está sufriendo en lo atinente a la supervivencia, también, de la libertad individual, debe arrancar, como primer punto, de una concepción de la filosofía.

Como segundo punto, de una visión histórica. De lo que fueron sus raíces y los aportes que cada filósofo ha hecho, y de lo que enfrenta hoy.

Y tercero, de una visión ética. Esta respondería a la pregunta de ¿son válidas las premisas que constituyeron, durante 25 siglos, la sociedad civil como el fundamento moral y social de la sociedad de hombres libres, o no tiene cabida en la 'aldea global' y debe ser replanteada *ab initio*?

Punto uno, entonces, un esbozo de lo que es filosofía. ¿Por qué? El racionalismo constructivista que Oakeshott critica como *racionalismo*, Hayek como *constructivismo*, Popper -en algunas obras- como *historicismo*, y Mises como *Polilogismo*, es el fruto de la interpretación que Les Philosophes hicieran de las posibilidades de la razón -un punto de vista de la filosofía de la ciencia, una decisión metodológica, a la par del planteamiento que los pensadores empiristas insulares de Inglaterra y Escocia hicieran, como John Locke: la razón no puede arribar a conclusio-

2 Gray, 1989
3 Gray, 1989

nes de certeza absoluta, como pretendían los *racionalistas*, pues los datos de la experiencia sensible y la dispersion del conocimiento establecen los límites de sus posibilidades. Falsean las premisas en la esfera de lo concreto, como apunta Popper.

La historia, por otro lado, nos muestra la sociedad civil como el fruto de un complejo de tradiciones, cuyo desarrollo historico arranca en la Grecia del Siglo de Pericles, a las que se unen las tradiciones judeocristianas, y los aportes romano, medieval, renacentista y de los siglos XVII, XVIII, XIX y el mundo moderno del siglo XX, como se señaló arriba. Ha sido un proceso de tomar y abandonar tradiciones, o transformarlas, como la democracia misma: la democracia directa de los atenienses, de *un hombre, un voto*, la majestad de la ley y el sistema de frenos y contrapesos de la República romana, a la que se incorporan las doctrinas de los derechos de Locke y Hobbes, la concepción de Mill de la ley, el constitucionalismo norteamericano, y el perfeccionamiento de los juristas alemanes del siglo pasado. Inclusive, en esta lista, la figura del Ombudsman creada en Suecia, en 1954, como control constitucional de las acciones del gobierno.

Un tercer punto importante, que para Oakeshott es vital, así como para Hayek y Popper: el fundamento ético de la sociedad civil, en cuanto a que la normatividad que hace posible su existencia deviene de un *aprender* a lo largo de los siglos, la importancia de la primacia del derecho y la moral. En este punto, como se mostrará, Oakeshott utiliza un lenguaje que pareciera mostrar que piensa diferente a Hayek y Popper, mas su idea de leyes *no adverbiales y no instrumentales*, es la idea de la generalidad y la abstracción de las normas legales de Hayek.

3

Pues en la esfera de la vida política y moral, la praxis tiene un papel definitivo: en ellas, se encarnan los principios morales que las sustentan, aun cuando los actores no los conozcan a fondo, ni se percaten de ellos en un esfuerzo consciente; mas la materialización de determinado principio tiene un muy definido y práctico impacto.

El Racionalismo Constructivista nacido de la Revolución Científica del siglo XVII y de la interpretación de los Ilustrados de las posibilidades de la razón, a la luz de las premisas de la mecánica celeste newtoniana, y que Hayek ha criticado en *La Fatal Arrogancia*,[4] ha sido una equivocada concepción del conocimiento que ha tenido un especial efecto corruptor en la política. Oakeshott llama a este constructivismo 'racionalismo',[5] y Sir Karl Raimund Popper lo ha criticado, en parte, como *La Miseria del Historicismo*,[6] así como ha hecho Berlin al criticar severamente su fruto determinista, en *La Inevitabilidad Histórica*.[7] Mises, por su parte, ha rechazado este constructivismo como 'rebelión en contra de la razón', llamándolo polilogismo.[8]

La premisa fundamental de que parte este constructivismo es que todo conocimiento genuino es enteramente formulable en términos teóricos explícitos, como absolutamente cierto e incuestionable. Se expresa en sistemas que son formulables como un conjunto de proposiciones -o si es cuestión de conocimiento práctico, como un conjunto de reglas o máximas, señala Oakeshott- completo.

Esta misma idea de sistemas deductivos completos fue refutada por Gödel en 1935, mas la pretensión de certeza por esta vía se mantiene, en los estertores de la agonía del marxismo y el socialismo, en la ingenua confianza en las posibilidades de la ciencia y la tecnología y los determinismos que se niegan a morir.

Tal constructivismo menosprecia la 'praxis', por considerarla irracional, en la medida en que se apoya más en el conocimiento adquirido por la experiencia -de la tradición, sobre todo- como señalan Hayek y Popper que así efectivamente es, si no está determinada en forma global por un sistema de proposiciones explícitas. En términos de un sistema moral, esto se traduciría en una conducta *racional*, de acuerdo

4 Hayek, 1984
5 Gray, 1989
6 Popper, 1961
7 Berlin, 1988
8 Mises, 1949

con un conjunto de axiomas que son susceptibles de ser formulados en una regla general e implementados en la práctica.

Las premisas racionalistas en cuanto a la moral no derivan en una línea directa de los hombres de ciencia de la Revolución Científica, sino más bien de quienes interpretaron la razón humana como las obras de estos hombres la hacen aparecer. Descartes, el principal representante de este racionalismo en ciencia natural, por ejemplo, recetó una duda sistemática de todo aquello que no fuera una verdad incontestable, mas en lo atinente a la moral recomendó una *moral provisional*, mientras que otros racionalistas como Robespierre y los adoradores de la diosa *Razón* que dieron paso al positivismo jurídico, consideraban como superstición todas las instituciones sociales producto de la costumbre que no pudieron ser *demostradas científicamente*. Y esto, se extendió a la *moral racional*, con Spinoza a la cabeza.

Aun Kant, con su imperativo categórico, resulta ser menos racionalista que otros: reconoció los límites de la razón, y el hecho de que ésta debía servir a la persona, pues el único fin reconocible verdadero, era la persona misma. Kant encarnó el ideal de la Ilustración de que la educación liberaba al hombre de sus prejuicios, de su violencia y su irracionalidad para hacerse libre a sí mismo. Los últimos años del siglo XX nos cuentan la historia de los excesos del racionalismo constructivista, de los horrores y los errores del totalitarismo de toda laya: dos guerras mundiales, una, anclada en el nacionalismo étnico serbio, y la otra, que dio al mundo la idea de Holocausto en forma de genocidio racial, sistemático, absoluto, total. Es en la vida política en la que este racionalismo constructivista ha tenido su efecto más desastroso.

El hacer a un lado el paciente aprendizaje e implementación de prácticas heredadas, ni -como señala Oakeshott- con la reconciliación y balance de poderes rivales que ha sido el oficio de gobernantes sabios -sino la construcción de orden social nuevo- *un mundo nuevo, más justo* de los marxistas y socialistas tempranos, por influencia de Rousseau -es el meollo de la vida política.

Del triunfo de los bolcheviques en el Octubre Rojo de 1917 hasta la exportación de la revolución por Fidel Castro hacia Latinoamérica -que a los guatemaltecos nos costó 36 años de sangre, sudor y lágrimas, más 30,000 paisanos muertos- y el despliegue de las ambiciones globales de la URSS en 70 años, la interpretación radical y violenta de la Teología de la Liberación a la luz de las categorías marxistas, hasta la influencia del enfoque de la doctrina social de la Iglesia Católica y su praxis política, en vistas a una reforma social radical en lugar de una transformación y adaptación en el transcurso del tiempo tomando aquellas normas y costumbres que han significado la supervivencia del grupo social, y su progreso, dos cosas han quedado claras, y eso que en realidad fue producto de la Revolución Francesa: una, que las instituciones sociales producto de la costumbre, por muy apreciadas y enraizadas que estén entre las gentes, han sido condenadas y por el constructivismo porque no fueron *diseñadas*, o modeladas sobre la base de un principio abstracto, ni de un plan consciente.

Y dos, que tienen, como denominador común, la violencia. Aun muchas de las expresiones *suaves*, como la de la doctrina social de la Iglesia Católica, llevaron a muchos religiosos a adoptar, si no una postura autoritaria que terminó en su enlistamiento en grupos terroristas rurales (como en América Latina) o de terrorismo urbano como en Europa.

En su expresión política, entonces, el racionalismo constructivista político es un poderoso instrumento de deslegitimación, una doctrina cuyo principal objetivo es la destrucción. Esta visión saturada de un apetito por la aniquilación, la violencia y la saña para practicarla resulta del espejismo mismo que es su premisa fundamental, una concepción falsa y escasamente coherente del conocimiento humano, como articulable en su totalidad y con certeza absoluta, al estilo de los modelos tradicionales de la física newtoniana.

A este respecto, Friedrich von Hayek y Sir Karl Raimund Popper han aportado extensas páginas. Hayek creía que el razonamiento deductivo era la esencia de las ciencias de la acción humana, y en la capacidad de la razón humana para estructurar sistemas deductivos completos de toda clase de conocimiento: 'Por supuesto, el proceso de razonamiento podría haberse realizado en un segundo por alguna mente maestra sobrehumana, del mismo modo que toda la estructura de las matemáticas podría deducirse de unos cuantos axiomas fundamentales'.[9] Sin

9 Hayek, 1991

embargo, cambió de parecer cuando leyó los citados trabajos de Gödel. En *La Fatal Arrogancia*, ya había formalizado su teoría del conocimiento disperso que presenta en *Derecho, Legislación y Libertad*. La mente humana no puede hacer más que clasificar, detectar errores y buscar sistemas de corrección de los mismos, y esto genera de forma no deliberada los sistemas *inteligentes*, como el sistema de precios en el mercado. Además, el hombre, a diferencia de los demás animales, ha alcanzado una evolución social, de órdenes crecientemente complejos desde la tribu y la horda, hasta la Gran Sociedad, orden extenso o mercado. Estos órdenes sociales se caracterizan, fundamentalmente, porque en ellos el conocimiento de las circunstancias, que cambia constantemente, está disperso a nivel individual.

Y frente a nuevas situaciones que constantemente surgen, en el transcurso del tiempo, se da una selección social de normas, según permitan al grupo sobrevivir o no. La sociedad civil es tal ejemplo de selección social, habiendo incorporado aquellas normas que han permitido a sus integrantes materializar sus proyectos personales, y, a través de la división del trabajo por especialidades, materializar un 'bien común'.

La comprensión requerida de la sociedad civil es aportada por estas ideas de Hayek: el hecho de que el éxito de la misma se debe a que durante siglos hubo libertad para probar, incorporar o rechazar aquellas normas idóneas, sin que nadie entendiera la lógica del proceso ni pudiera señalar sus objetivos concretos. Y, lo más importante, que se seleccionaran normas que determinaran un contexto general que permitiera establecer a cada individuo líneas de acción para realizar sus fines.

Estos órdenes sociales han sido llamados por Hayek *cosmos* u *órdenes espontáneos*, para distinguirlos de los 'taxis' u 'órdenes deliberados'. Los primeros, de los cuales la sociedad civil es un ejemplo, resultan de la interacción de los integrantes del orden o grupo social, sin que ninguna mente o grupo de expertos intente establecer un diseño deliberado y particular, con fines concretos y deliberadamente apuntados.

De este orden, solamente puede conocerse -a través del proceso de abstracción que es peculiar a la inteligencia humana, según Hayek- sus aspectos meramente abstractos, no hechos particulares concretos, de la misma forma que la teoría de la génesis evolutiva, que el constructivismo ha trasladado al terreno de las ciencias de la acción humana -entre ellas, el análisis marxista y socialista, incluyendo la teología de la Liberación-, por lo tanto, ninguna mente puede planificarlo ni predecir sus resultados.

La sociedad civil se ha desarrollado sobre esta base evolutiva de la prueba, y la selección con base en el error, conocimiento transmitido por el sistema de precios en el mercado, y la familia y otras instituciones en el área de la moral y las tradiciones.

Popper, por su parte, no solamente adelanta una concepción de la mente como producto de un proceso evolutivo que genera conocimiento conjetural que 'compite' en forma de teorías e hipótesis en la que se adopta la teoría con mayor poder explicativo como sustituto de la antigua, que es casi siempre absorbida por la nueva, como sustituto de la competencia biológica en la que muere el más débil. Con esto, estructura una triada científica cultural en la que los datos de la experiencia sensible como objetos físicos animados e inanimados constituyen la base de interpretaciones subjetivas conscientes (Mundo Dos), que son la base, a su vez, de un Mundo Tres de teorías científicas e hipótesis, la cultura y la tecnología, los productos de la lucubración consciente del hombre acerca de sí mismo y de su mundo. Las limitaciones físicas, psicológicas, fisiológicas y lógicas por las que el hombre se ve determinado, impiden la certeza absoluta en sus sistemas científicos, mas permiten la aproximación creciente a la verdad.

Oakeshott concede un muy importante papel a lo que ya se ha calificado (él le dio el nombre) de *teorización*, filosofía como razonamiento deductivo, aunque no plantea que a este último es a lo que se reduzca la especulación filosófica.

Siguiendo en la línea de la argumentación sobre el impacto del racionalismo constructivista en la vida política, éste ha llevado en parte a la formulación de ideologías. Al fin y al cabo, éstas surgieron en la *nueva* sociedad urbana industrial, altamente politizada, como programas formalizados y racionales de lo que se había originado ya en las Universidades de la Edad Media (la identidad nacional, para el nacionalismo), el triunfo del Estado Nacional anclado en el principio dinástico de las familias reales y la consolidación de esta misma identidad nacional, hasta el siglo XIX.

Esto, definitivamente, fue apuntalado por la Tendencia Maestra que Sumner, Weber y otros identifi-

caron como la que cimentó el éxito de Occidente y el capitalismo en ese mismo siglo: la creciente racionalización.

Para Marx, no eran las ideologías más que racionalizaciones o justificaciones de intereses de clase como la aspiración a aplicar en forma universal principios o técnicas válidas a las vicisitudes de las circunstancias, y que también es lo que ha conducido al *pragmatismo* espurio de muchos gobiernos que han utilizado el sistema democrático para instituirse en formas autoritarias de gobierno.

Al respecto, Oakeshott apunta: '*The notion of founding a society, whehtber of individuals or of States, upon a Declaration of the Rights of Man is a creature of the rationalist brain, so are also the `rational' or racial self determination when elevated unto universal principles. The project of the so called reunioon of the Christian Churches, of open diplomacy, or a single tax, or a civil service whose members `have no other qualifications other than their personal abilities', of a self consciously planned society, the Beveridge Report, the Education Act of 1944, Federalism, Nationalism, Votes for Women, the Catering Wages Act, the destruction of the Austro Hungarian Empire, the World State (of H.G. Wells or anyone else), and the revival of Gaelic as the official language of Eire, are alike the progeny of rationalism*'.[10]

De nuevo, de esta impresionante lista, se extrae un denominador común: la pretensión constructivista de articular, diseñar, planificar, crear de la nada, sin atenerse a la sabiduría que la experiencia da, en este caso la tradición. Asimismo, esta lista nos recuerda experiencias propias, los acuerdos suscritos entre la comandancia de la URNG y el gobierno guatemalteco, violatorios de lo legal y lo legítimo, para construir una 'Paz Firme y Duradera', por decreto, un Estado '... multiétnico, pluricultural y multilingüe', como parte dogmática de la Constitución política, cuando estas tres características han sido costumbres ya aceptadas tácitamente por los guatemaltecos desde hace siglos. Otros ejemplos son el acuerdo sobre identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, en el cual no solamente se establecen privilegios muy específicos para las mujeres que califiquen como *indígenas*, sino que el principio de la igual aplicación de la ley se ve quebrantado por la constitución legal de entes que son los 'pueblos indígenas' que reciben un trato legal diferente a los demás guatemaltecos, o sea, legislación discriminatoria; el Acuerdo Socioeconómico que no menciona las palabras **libertad** ni **mercado** ni una sola vez, y, entre otras cosas, concede mayor autoridad sobre el uso de los recursos a las comunidades que al gobierno central, situando las escalas de valores de tales comunidades concernientes a tales recursos, por encima de lo que el gobierno podría disponer en aras de los intereses de todos los guatemaltecos, destruyendo los cimientos de un gobierno mayoritario.

Y como ya se apuntó, este racionalismo constructivista ha traído los grandes totalitarismo de este siglo, en los que el conocimiento práctico heredado como *orden espontáneo*, nuestra herencia cultural, ha sido eliminado (como trató de hacerse en la Revolución Francesa, con la Solución Final de Eichmann al problema de los judíos y otras *razas destructoras de cultura* en Wannsee, y otros).

A todos estos horrores y errores, la solución es, según Oakeshott, Hayek, Popper y Mises, una correcta concepción del conocimiento humano, traducida, en gran parte, en la práctica de los principios.

Esta proposición hace que la discusión salte al terreno de la ética ya que el cimiento y el tejido primordial de lo que se definirá como sociedad civil es un conjunto de prácticas, acuerdos, creencias, y normas de conducta que se considera deseable, e, incluso, normas legales, que se constituyen como la moral de un grupo social.

Según Oakeshott, las raíces del constructivismo racionalista que tanto daño ha hecho en la esfera de la política y que amenaza la existencia misma de la sociedad civil, se encuentran en la cultura grecorromana. La vida moral en Europa ha estado distorsionada casi desde el principio, señala, por una preocupación racionalista por la *auto consciencia*, que oscurece los elementos grecorromanos y judeocristianos de nuestra tradición cultural occidental: '*The form of contemporary western morality has come to us from the distant past. It was determined in the first four centuries of the Christian Era.... In that Greco Roman world the old habit of moral behaviour had lost their validity... It was... an age of intense moral self consciousness, an age of moral reformers who, unavoidably preached a morality of the pursuit of ideal and taught a variety of dog-*

10 Oakeshott, 1962

matic moral ideologies... The intellectual energy of the time was directed towards the determination of an ideal, and the moral energy towards the translation of that ideal into practice. Moral self consciousness itself became a virtue: genuine morality was identified with 'the practice of philosophy'... In short, what the Greco roman world of this period had to offer was a morality in which the self conscious pursuit of moral ideals was preeminent'.[11]

No es sorprendente que Oakeshott escriba esto, si al fin y al cabo uno de los grandes legados de la cultura griega es el culto optimista a la razón, mas no debe olvidarse que este punto de vista racionalista también nos legó la idea de la importancia del individuo en un sentido ético (la declaración de Protágoras de que 'el hombre es la medida de todas las cosas'), la democracia y la igualdad en la aplicación de la ley; así como de Roma también heredamos el sistema de frenos y contrapesos, el ideal de *Lex Rex* y la independencia de los jueces y magistrados todos elementos constitutivos tanto de la sociedad civil como del Estado de Derecho.

De suyo, fue más dañino no este racionalismo griego, sino el Racionalismo continental de los Ilustrados con sus pretensiones de certeza, de construir sistemas a expensas de la decisión individual, de menospreciar la sabiduría de la tradición como acumulación de la experiencia, y de su ingenua confianza en la capacidad de la misma razón de predecir sin errores. Y la influencia de las ideas cristianas es decisiva, también: la determinación de un ideal, y de convertirlo en una práctica, es parte de la visión judeocristiana, que se reforzó durante toda la historia del pueblo judío a través de lo que constituyó la razón de su supervivencia, la educación de las Sagradas Escrituras, y, por parte del cristianismo, de la escritura de los Evangelios y la intensa predicación por parte de sus adeptos.

Otra circunstancia que influenció este resultado, fue la evolución de la forma de organización política en Occidente: ya en el siglo V a.c., después de la guerra del Peloponeso, la polis griega encontró su ocaso, frente a la sociedad universal, una sociedad heterogénea de muchos pueblos, muchas lenguas, muchas leyes y muchas costumbres frente a la comunidad homogénea y particularmente localista que la polis había sido.

Esta transición de polis a sociedad universal trajo también una gran pérdida de libertad individual, pues el centro de la toma de decisiones políticas que los griegos habían tenido tan cerca de cada quien en la asamblea (la Bulé y el Pritaneo), se trasladó lejos, y el individuo se convirtió en un rostro más en la muchedumbre. Esto trajo también un gran desencanto, una angustia existencial por así decirlo, y la esperanza que el cristianismo daba de una vida mejor más allá de esta vida terrenal, prendió como fuego en un cañaveral, lo que facilitó el implementar en la práctica un ideal moral. Las filosofías estoica -que reforzó el cristianismo durante 18 siglos- y epicúrea ejemplifican este desencanto, y la búsqueda de soluciones morales alternativas.

Oakeshott señala que la herencia que Europa tuvo de mundo grecorromano, entonces, fue y, añade (quizás de forma inevitable) no una tradición estable de vida moral, sino una variedad de ideologías morales. Esto hace que Europa comparta la decadencia de las postrimerías del mundo romano, y todo su subsiguiente desorden moral que en alguna medida es el causante del actual desorden moral. Nuestra herencia cristiana no se libra de salir infectada, apunta también Oakeshott, pues '*... our inheritance form that other great source of our moral inspiration from early Christianity, was of a similar character... The morality of these (early christian) communities was a custom of behaviour appropriate to the character of the faith... It was a way of living distinguished in its place and time by the absence of a formulated moral ideal... But over these earlier Christian communities in the course of two centuries, came a great change. The habit of moral behaviour was converted into the self conscious pursuit of formulated moral ideals... A Christian morality in the form of a way of life did not of course perish, and it has never completely dissapeared. But form this time in the history of Christendom a Christian habit of moral behaviour (which had sprung from the circumstances of Christian life) was swamped by a Christian moral ideology*'.[12]

Y Oakeshott concluye: '*The fact remains that the moral inheritance of western Europe both form the*

11 Oakeshott, 1962
12 Oakeshott, 1962

classical culture of the ancient world and from Christianity, was not the gift of habitual behaviour, but of a moral idcology'.[13]

Lo que Oakeshott está criticando, en el fondo, es la sistematización racional de algunas creencias dejadas por Jesucristo y algunas ideas griegas y romanas, en la línea de lo que él ha llamado *racionalismo constructivista*. Reconoce que es inevitable, mas esto no significa que necesariamente incida en la destrucción de la sociedad civil, o que una *variedad de idcologías morales* también haya contribuido a la decadencia actual de Occidente.

De suyo, Hayek apunta que las diferentes creencias y normas de conducta no existen aisladas como hechos de la naturaleza, sino que se integran como un todo en el orden, sin perder su singularidad. Los órdenes sociales (la moral entre ellos) emergen de un proceso de complejidad creciente, a la par que los grupos sociales se han hecho crecientemente complejos y han incorporado lazos contractuales paralelos a los lazos de status de los grupos fundamentales como la familia y el matrimonio. Su aprendizaje y vigencia se realizan con base en la práctica casi inconsciente de ellas.[14]

Oakeshott no ve la decadencia moral de nuestro mundo moderno en el rechazo que el modernismo hace de las premisas grecorromanas y judeocristianas, ni siquiera pretende un rechazo al modernismo pues en su día dos grandes influencias en su pensamiento, las ideas de Hobbes y Hegel fueron *modernistas*, y los grandes teóricos totalitarios herederos del racionalismo constructivista, Rousseau y Marx, fueron enemigos de la modernidad como cambio social (tal como Popper señala a Marx en *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*).

Es una vía hacia la configuración de la realidad en Oakeshott más a través de la elaboración de teorías como una consecuencia de la actividad práctica y menos a través de un pragmatismo crudo, y considerando la práctica como '*energía*', lo primordial en todas las esferas de la experiencia, mientras que para Hayek y Popper la experiencia entra en una relación con la teorización y la configuración de la realidad, como se planteó arriba.

Según Oakeshott, la teoría, las estructuraciones teóricas son un instrumento para encontrar coherencia en la realidad, en forma análoga a como Popper estructura la interrelación de su triada experimental-científico-cultural a través de la cual se estructura el conocimiento científico objetivo. El entender la actividad puramente especulativa y el razonamiento deductivo como superiores al conocimiento y su validación por el criterio de falseabilidad en la experiencia sensible por parte de los *racionalistas*, ha conducido en la política a la espuria primacía de la ideología. Y en cuanto a la moral, la pretensión o tendencia contemporánea a representar la vida moral como una vida gobernada por un sistema de proposiciones explícitamente formulables en principios, con sus raíces en la reflexión socrática, y en el mundo grecorromano y la temprana tradición judeocristiana, hacen que en toda nuestra civilización occidental impere este constructivismo, enderezado -como dijo Hayek- a *demostrar* la presunta superioridad del taxis sobre el cosmos.

Mientras que el constructivismo elabora *racionalizaciones* como justificaciones de actos aislados, la conducta encarnada a partir de principios supone la aplicación de una norma general cuyo horizonte en el largo plazo, para la naturalización aproximada de hábitos virtuosos.

Para Oakeshott, la ciencia es únicamente un 'idioma' -lo que nos recuerda de nuevo su orientación analítica- o lenguaje de comprensión entre muchos. No constituye el valor supremo en una jerarquía de modalidades de pensamiento en la cual la ética, la religión, y la poesía, por ejemplo, se encuentran en niveles más bajos.

Y no solamente como una jerarquía, sino como una miscelánea en la que una pluralidad de diferentes modalidades de pensamiento y praxis pueden discernirse. Esto lo señala Oakeshott, para criticar con otro argumento la pretensión de un *solo discurso* como *absolutamente cierto*, o *racional*, como la idea de que es posible organizar todo el conocimiento humano en un sistema único, que a la larga resulta siendo una confusión de categorías, argumento que lo acerca a Hayek y Popper.

Y al igual que éstos, Oakeshott con esto critica tanto al cartesianismo como al cientifismo de los años treinta, contemporáneo del Círculo de Viena, el Mises del *Socialismo*, el Hayek de *Camino de Servi-*

13 Oakeshott, 1962
14 Hayek, 1984

dumbre, y el joven Popper de la *Logik der Forschung* -se esforzó en organizar todo pensamiento y acción dentro de un modelo presuntamente derivado de las ciencias naturales. A esta pretensión de certeza le llamaría Hayek *La Fatal Arrogancia*, como el legado de la interpretación de Les Philosophes de las posibilidades de la razón, a la luz de las premisas de la mecánica newtoniana.

Este cientifismo -entre otros historicismos, como el marxista-intentó reconstruir los presupuestos de la historia, lo que desembocó a su vez en un afán común a otras concepciones historicistas que parten de diferentes premisas de modelar las ciencias de la acción humana en la manera de las 'Naturwissenschaften', las disciplinas de la naturaleza, con leyes generales, formuladas en lenguaje matemático, deterministas y mecanicistas, criticadas fuertemente por Vico, Dilthey, Simmel, Windelband y Weber.

Y así como fue con la historia, tomaron la moral para *eliminar como arcaicas y sin sentido*, en las palabras de los del Círculo de Viena, cualquier actividad que no pudiera acomodarse en este molde cientifista.

Oakeshott toma todavía un paso más, que no necesariamente es válido, en *Experiencie and its Modes*: rechaza la idea de que el mundo humano es un sistema unificado o jerárquico de ideas como sería para Platón y Aristóteles, si no que adelanta una concepción de la realidad como una diversidad de mundos, cada uno separado y distinto. Cada uno con sus peculiares características, que no pueden ser analizadas a la luz de una sola categoría.

Entonces, la tarea de la filosofía, según Oakeshott, y por lo menos en sus primeras obras, es la de delinear los contornos de las diferentes modalidades o mundos de la experiencia humana y especificar esas peculiares características.

Posteriormente, al evolucionar su pensamiento, vuelve a rechazar el monismo en un libro de ensayos, *Rationalism in politics*, en el que el objetivo de la filosofía es diferente: ésta carece de un lugar privilegiado entre los *ítems* del conocimiento humano. Incluso en su ensayo seminal *The Voice of poetry in the Conversations of Mankind*, desecha y rechaza la mera idea de una jerarquía de modalidades.

Esto parecería mostrar que la especulación filosófica, a diferencia de lo que Hayek y Popper piensan, no es ya la actividad suprema del pensamiento humano, mas tampoco se adhiere a una doctrina de *la primacía de la práctica*, en todas las esferas de la acción humana, lo que de nuevo lo acerca a Popper y Hayek. Y en uno de sus últimos libros, Oakeshott desarrolló la idea de la demarcación de diferentes esferas, o categorías o modalidades de actividad o experiencia: que lo que ordinariamente percibimos, raramente si alguna vez, tiene esa ausencia de ambigüedad; y en un '*asunto más enredado en el que vamos y venimos en cierta forma inconsecuentemente, entre una variedad de universos de discurso*'.[15]

Y, en forma prioritaria, añade, algunas de nuestras experiencias más tempranas no son prácticas, determinadas por un criterio utilitarista, sino de índole poética y dominadas por el deleite ο ϑεωρειν. Así es como Oakeshott llega, por un camino relativamente diferente al de Hayek y Popper, con muchos puntos en común, a criticar al racionalismo constructivista y sus nefastos efectos en la vida política y moral, así como en la amenaza que todavía constituye para la sociedad civil, como la posibilidad de una sociedad de hombres jurídicamente libres.

Lucubrando, entonces, sobre lo que constituye el cimiento social de Occidente, la sociedad civil, y su tejido primordial, un conjunto de tradiciones morales, sustentadas y rechazadas por los hombres en el transcurso del tiempo, y a la luz de la crítica de Hayek, Popper y Oakeshott a racionalismo constructivista, se plantea la pregunta: ¿Cuál es, entonces, el carácter de la vida social y política en el mundo moderno, qué es hoy la sociedad civil como su fruto, y qué le dé para el futuro? De ser posible preservar la sociedad civil, ¿qué vías existen para hacerlo?

Y, ¿qué sentido tiene para la libertad? ¿Existen alternativas no occidentales para lo que hemos llamado *la tradición de la libertad individual* y el Estado de Derecho?

4

En su tercer obra más importante, *On Human Conduct*, Oakeshott dibuja la vida moral y política del Estado europeo moderno.

Presenta una concepción de la moral, de las leyes y de la relación entre ambas.

15 Oakeshott, 1983

En una línea casi kantiana, establece la diferencia entre una vida moral instrumental -que no utiliza el término en el sentido praxeológico de medios a fines, sino en el sentido kantiano de *ética hipotética o prudencial* en contraste con el imperativo categórico- y lo que podría llamarse casi un imperativo de esta clase, lo que Oakeshott, en su ataque contra el racionalismo, especialmente en política y moral, rechaza. La discusión desemboca en dos aspectos éticos importantes: si la vida moral está coloreada por categorías axiológicas, como decía Max Scheler para criticar precisamente el imperativo kantiano, y asentar que el hombre no necesita tales imperativos pues siempre orienta naturalmente su conducta hacia valores; y lo que constituyen genuinos principios que sí deben regir nuestra conducta.

Y aun más, es atinente a la cuestión de que las normas legales no están enderezadas a hacerlos moralmente buenos, sino legalmente cumplidos (lo que implicaría aceptar un punto de vista formalista eminentemente kantiano de separar la moral del derecho, y de enfatizar que el efecto de las normas que debe considerarse es aquel que concierne a la forma en que se aplican, como hace Hayek), siendo que ser legalmente cumplidos en la medida en lo que en general le parece justo a la sociedad es ley (entendida como justicia viviente), la gente no la quebrantará.

En cuanto a esto, ya se ha esbozado el aporte de Hayek en su teoría de los órdenes.

De suyo, Oakeshott plantea la moral como un κοσμος, comparándola a las lenguas vernáculas, diversas y como aproximaciones y en constante evolución. A continuación aclara que la moral no instrumental es lo que Hayek entiende por una nomocracia, una sociedad cuya legislación se abstiene de asentar resultados esperados, sino un marco general de conducta aceptable, por las condiciones que el mismo Hayek adelanta de la realidad, la condición humana y la naturaleza de la inteligencia y la mente en *The Sensory Order*, como mecanismos de clasificación, detección de errores y corrección de los mismos, en un contexto que evoluciona y de conocimiento disperso.

Y es aquí en donde Oakeshott introduce la premisa clave para entender su concepto de sociedad civil, que lleva a las mismas conclusiones que Hayek, en cuanto a los conceptos hayekianos de nomocracia y teleocracia, como cosmos y taxis: la sociedad civil es una asociación de personas las cuales no tienen fines específicos en común, y que pueden vivir bajo la majestad de la ley, en un orden jurídico que Hayek denomina Estado de Derecho.

Como se planteó ya, Hayek adelanta las mismas ideas en *La Fatal Arrogancia*,[16] acerca de la evolución social de grupos, de sociedad cerrada a sociedades abiertas, así como la evolución de sus normas de conducta y normas legales, en el contexto de la concepción del cosmos.

Para Oakeshott esto significa que en una auténtica sociedad civil la ley tiene la tarea de proveer un marco de referencia general (como normas generales, abstractas de igual aplicación a las que Oakeshott califica como no instrumentales) que facilite la convivencia entre los hombres, sin imponerles tareas específicas (mandatos para Hayek, leyes instrumentales para Oakeshott), o sea, una verdadera nomocracia. En otras palabras, un orden jurídico en el que las normas no estructuran τελος como un conjunto de resultados esperados de acuerdo con el diseño específico de alguna o algunas mentes, o sea, aquella en la que la legislación no está constituida por leyes de salario mínimo, precios tope, reconocimiento a las etnias y sus presuntos derechos, etc.

Es más una nomocracia como el orden jurídico fundamentado en la premisa de que -como Hayek plantea- el conocimiento está disperso, y no es posible planificar el futuro con certeza, ni diseñarlo. En términos misianos, a causa de la incertidumbre a priori de la acción humana, en cuanto a que no solamente no hay certeza de que ésta se consumará sino en cuanto a cuáles serán sus consecuencias.[17]

Y es dentro del marco de esta concepción que Oakeshott plantea la libertad como un concepto negativo, como lo ha hecho Hayek en su obra, especialmente *The Constitution of Liberty*,[18] como una esfera de posibilidades de elección dentro de la cual el ciudadano puede hacer todo lo que no está explícitamente prohibido, y los límites de la acción son los derechos individuales de los demás ciudadanos.

16 Hayek, 1984
17 Mises, 1949
18 Hayek, 1984

Esto, según Oakeshott y Hayek, tiene una importancia no solamente jurídica: en *Los Fundamentos de la Libertad*, también hipotetiza que las sociedades más libres permiten una mayor transmisión e intercambio del conocimiento, lo que dispara la creatividad: la Atenas del siglo V a.c., la Florencia del Renacimiento, el San Petersburgo del siglo XVIII, la Nueva York de hoy.[19] La fatal contribución del racionalismo constructivista, según Oakeshott, es estructurar un Estado teleocrático como una organización para la materialización de una determinada jerarquía de fines. Hayek, en *Los Fundamentos de la Libertad*, por su parte, contrasta la estructura de la competencia con la de la 'organización' a la que alude Oakeshott: la primera surge como un orden espontáneo cuyo sistema de información son los precios, y se constituye de forma no deliberada de acuerdo con muchas deliberaciones individuales. La segunda, se estructura de acuerdo con el diseño deliberado y específico de una o algunas mentes.

El racionalismo constructivista ha triunfado en materializar una lenta transformación de la sociedad civil, de una nomocracia en una teleocracia, que ha incluido el declinar del ideal individualista y la primacía casi total de la mentalidad colectivista, dando esta forma a gran parte de la política y el carácter del Estado moderno.

Este Estado moderno es que ha sido caracterizado como transformándose del Estado Providencia, al Estado Benefactor, como Henri le Page señala en *¿Por qué la propiedad?*: el estado que inició una *caridad* estatal que se creyó superior a la solidaridad particular simplemente proveía con los recursos de que disponía. Al no ser suficientes, hizo *beneficencia*, mas para eso se transformó: alzó significativamente las cargas tributarias, quebrantando con ello el derecho individual de propiedad.[20]

Para Oakeshott existe una alternativa, que apunta explícitamente en sus ensayos *On being conservative*[21] y *The Political Economy of Freedom*,[22] que es un retorno a la tradición del gobierno limitado, entendiendo por esto, que no esperan los ciudadanos del estado más de lo que puede dar: seguridad y justicia. Esto señala a la visión conservadora del gobierno como una actividad limitada reducida a elaborar y reforzar normas generales. Mas esto, de suyo, es peculiar a una cultura y una época individualistas en virtualmente todos los aspectos de la vida. Para Oakeshott esto es revolucionario, mas es lo que hizo a Inglaterra un país de hombres libres durante los siglos XVIII y XIX.

Dos figuras prominentes de la política de nuestro siglo han señalado estas características del orden jurídico que ha generado dicha sociedad de hombres libres, y el gran desafío que hoy enfrentan con la cuestión de la *autodeterminación*, otro nombre para el nacionalismo étnico y la balcanización: Felipe González y Pierre Trudeau. González ha declarado: '*... creo que la autodeterminación como principio debería constituir un asunto que sólo se acuerde y se regule internacionalmente. De otra manera, se tornará en una situación excesivamente peligrosa para Europa, porque no habrá fin a los rompimientos. Si entramos en el proceso de la modificación ilimitada de las fronteras en Europa, estaremos introduciéndonos en un período de tremendos riesgos*'.[23]

Y por su parte, Pierre Trudeau adelanta: '*Ya sea que analicemos la Alemania nazi, el Japón fascista o el Irán Islámico, un estado que define su función esencialmente en términos de atributos étnicos y religiosos inevitablemente se torna chauvinista e intolerante... Así pues, un gobierno verdaderamente democrático, ya sea provincial o federal, no puede ser 'nacionalista' porque debe perseguir el bien de todos sus ciudadanos independientemente de su sexo, raza, color, creencia religiosa u origen étnico...*'[24]

Mas el mismo sistema democrático -o la ausencia de verdaderos controles constitucionales en él, como la fundamental igualdad en el trato por la ley como la garantía a los derechos de las minorías frente a la voluntad de la mayoría- ha provisto los medios para eliminar esta constitución de una democracia, como la Teoría de Elección Pública de Virginia estructurada por Gordon Tullock y James Buchanan señala. El mismo sistema de

19 Hayek, 1984
20 Le Page, 1986
21 Oakeshott, 1983
22 Oakeshott, 1982
23 Moyers, 1996
24 Moyers, 1996

la regla de la mayoría en un gobierno representativo, hace posible que se genere legislación discriminatoria porque los grupos de presión pueden llegar a tener la mayoría en la cámara legislativa.[25]

Immanuel Kant ya había señalado esto: nadie se hace injusticia a sí mismo, así que al no poder imponer un individuo todas las normas que quisiera, por lo menos aceptaría que aquellas que afectan en forma adversa sus intereses (no que quebranten sus derechos) se aplicaran en forma igual a todos. Nadie buscaría privilegios, porque un privilegio ajeno dañaría sus intereses.

En último análisis, pareceería que la constitución de la sociedad civil y su supervivencia (y, por qué no, en un mundo globalizado, su exitosa incorporación de nuevas tradiciones que no son necesariamente occidentales) puede contemplarse en la pregunta que Oakeshott plantea como la significativa de la tradición política europea moderna, y que en realidad ha sido la pregunta política de la especulación occidental: ¿cuál es el legítimo ámbito de la actuación del Estado?

Según Oakeshott, lo que define la respuesta a esta interrogante es una coherencia de libertades que se apoyen mutuamente, en la que cada una amplifica el total -un orden espontáneo, diría Hayek; Mises le llamaría fenómeno complejo- y ninguna se entiende en forma aislada: el orden se articula como un total. Según Oakeshott, no proviene de la separación de la Iglesia y el Estado, ni del Estado de Derecho, ni de la propiedad privada, ni de gobierno parlamentario, ni de la independencia del poder judicial, sino fundamentalmente -en la línea del Estagirita, de Lord Acton y de Hayek- de la dispersión del poder.

Como Hayek explica en su teoría del conocimiento y la inteligencia, el problema de construir un orden económico racional es el problema del conocimiento disperso -que el mercado, por ejemplo, resuelve con el sistema *inteligente* de los precios como señales en el mercado, como Hayek señalara en su ensayo Los Precios, la Red de Telecomunicaciones del Mercado,[26] y el problema del orden político es el problema del poder: el abuso del poder porque está concentrado en pocas manos y no existen controles.

El concepto de gobierno limitado se remonta a la República Romana, y su formulación más precisa al pensamiento liberal de la Inglaterra del siglo XVII, con John Locke y la doctrina de la estricta separación de poderes formulada por Montesquieu (después de haber viajado a Inglaterra a conocer l*as instituciones de la libertad)*, y que tanto Alberto Herrarte como Armando de la Torre señalan como el fundamento del Estado de Derecho;[27] '*El Estado de Derecho es una corrección que hizo la jurisprudencia alemana del siglo XIX a la estricta separación de poderes preconizada por Montesquieu y erigida en norma suprema constitucional por la Revolución Francesa*'.[28]

A un nivel formal, entonces, lo que caracteriza a la sociedad civil es que está constituida por reglas no instrumentales -mandatos- las cuales no implican proyectos específicos, sino que actúan como condiciones a través de las cuales los individuos y los grupos pueden perseguir materializar varios y diferentes fines. En su aspecto moral, la sociedad civil es aquella modalidad de asociación que ejemplifica la individualidad; que Oakeshott entiende como la condición en la cual los seres humanos aceptan y celebran su autonomía, separación y mortalidad (muy en la línea de Heidegger). En su dimensión política, la sociedad civil se caracteriza por la dispersión del poder, a través de la sociedad, por una compleja estructura de instituciones que se balancean unas a otras, y que son precisamente de la clase que están siendo amenazadas por proyectos colectivistas contemporáneos, de todo el espectro ideologico para transformar el gobierno y la sociedad en una teleocracia. A lo largo de su reflexión, Oakeshott ha intentado *purificar* el concepto de asociacion civil, de sus *excrecencias doctrinales irrelevantes*,[29] yendo a la raigambre misma del concepto de libertad. Según él, con esto también lo ha librado de su *contingencia histórica*, cosa que Hayek, Mises y Popper cuestionarían, pues la acción humana es histórica, por humana. Para Oakeshott esta metodologia permite

25 Tullock y Buchanan, 1962
26 Hayek, 1993
27 Herrarte, 1984
28 De la Torre, 1992
29 Gray, 1989

dejar lo *verdaderamente valioso de lo que es liberalismo*, como es el punto central de este argumento: la relación entre la ley y la libertad (que generen y garanticen una sociedad civil).

Al respecto, Oakeshott escribe: '*The expression 'the rule of law' taken precisely, stands for a mode of moral association exclusively in terms of the recognition of the authority of known, non instrumental rules (that is, laws) which impose obligations to suscribe to adverbial conditions in the performance of the self-chosen activity of all who fall under their jurisdiction*'.[30]

Es valioso hacer notar que Oakeshott se refiere, obviamente, a lo que Hayek llama normas cuando habla de reglas no instrumentales, pues adelanta que éstas (laws) tienen un carácter general y abstracto.

Esto llevaría a establecer un nexo -aunque Oakeshott critica algunos de sus aspectos- entre la concepción de la ley, y su relación con el gobierno y la libertad, en términos de lo que constituye una auténtica sociedad civil.

De acuerdo con Alberto Herrarte,[31] '*según Kant, el Estado tiene como único fin tutelar el derecho, o sea, garantizar la libertad. Su misión, entonces, es negativa, como simple custodio del orden jurídico. A este concepto del Estado se dio el nombre de 'Estado de Derecho', en oposición a las doctrinas anteriores como las del Estado Providencia*'. '*... es, pues, una limitación de los poderes del estado en favor de los derechos individuales*'.

O sea, que el Estado de Derecho tiene como fin la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, no solamente frente a los atropellos que otros ciudadanos llevaran a cabo, sino del Estado mismo, de la arbitrariedad como el abuso del poder: que las leyes no se cumplen por igual para gobernantes y gobernados.

Armando de la Torre, dice: [32] es '*... una organización política de la sociedad donde los derechos individuales anteriores y superiores a esa misma organización están garantizados frente a la autoridad pública... no se traduce meramente al estado de legalidad ni tampoco es exactamente idéntico con el de un orden constitucional... implica una filosofía jurídica opuesta a la imperante desde hace un siglo por toda la América Latina: la del positivismo jurídico*'. Así entendido, el Estado de Derecho no es solamente una práctica formal y sustantiva, su realización se convierte en un ideal metalegal.

Oakeshott hace un tratamiento canónico del Estado de Derecho, en términos de calificativos adverbiales sobre actividades libremente elegidas: el mencionado orden jurídico está diseñado para, entre otras cosas, conciliar la controversia sobre el ámbito de la ley y la subsecuente definición de una esfera de libre elección. Por leyes adverbiales Oakeshott entiende aquellas leyes particularistas, como mandatos que *califican* con adverbios lo que está permitido y lo que no está permitido, de tal forma que los mencionados adverbios, más que estructurar tal esfera de libre elección, no solamente la destruyen, sino que definen lo que el Estado está dispuesto a permitir a los ciudadanos hacer.

Esto choca con el concepto hayekiano de libertad, en el sentido negativo, en el que las normas legales organizan el gobierno con base en los límites que los derechos individuales permiten que el gobierno haga, dentro de lo legítimo o justo que haga. Esto implica que no pueden estar presentes adverbios que *califiquen* la libertad, porque según sostiene Hayek en Los Fundamentos de la Libertad, la libertad es una.[33] Elaborar una lista de libertades implica dejar fuera alguna que pudiera reclamarse en un futuro, y es asumir que la razón humana es suficiente para saber todo lo que es *libertad*.

Por otro lado, en cuanto a las leyes adverbiales, no se requiere, según Oakeshott, que sean de esa naturaleza para restringir la libertad, como las leyes comunistas acerca de la posesión *no burguesa* de la tierra, la ley mosaica e islámica, y las leyes del código criminal que restringen las libertades de los criminales.

Oakeshott pasa por alto que por lo menos las primeras tres clases de leyes citadas no corresponden tampoco a la definición de *nomos* de Hayek, en las que si bien hay un criterio de visión de largo plazo, son los individuos y no *Islam*, o el *Kaal* para quienes *se hacen las leyes*.

Según Gray, esta concepción formalista de la ley que Oakeshott presenta no es problemática como la de Hayek en cuanto al carácter negativo de la última, pues es también un criterio de generalidad en las normas, de no instrumentalización (no acepta mandatos) y de

30 Gray, 1989
31 Herrarte, 1984
32 De la Torre, 1992
33 Hayek, 1984

libertad. El problema que John Gray cree encontrar en esta caracterización que Oakeshott hace de la relación entre ley, libertad, gobierno y sociedad civil, es en cuanto la concepción que Oakeshott tiene de la moral, y de las enmiendas que ha hecho a la relación entre ley (*lex*) y justicia (*jus*). En otras palabras, la ley como legislación positiva y la ley como justicia viviente.

Oakeshott caracteriza a la moral en un sentido que ha llamado no instrumental, no en términos de medios enderezados para fines, ni como algo externo a la misma vida moral: con esto, de suyo prácticamente adopta una línea casi kantiana y rechaza una concepción prudencial de la moral, lo que explica que critique la variedad de *ideologías morales* en Occidente, incluyendo la de raigambre judeocristiana, aunque también parecería contradecir su ataque al *diseño* y al intento de implementar UN punto de vista moral.

En cuanto a este argumento, vale la pena hacer notar que Max Scheler criticó una vez el imperativo categórico kantiano, diciendo que la vida humana (la moral incluida, por supuesto), no estaba coloreada por las categorías de la razón, sino por las categorías axiológicas de los valores. En la misma línea, puede argumentarse -como hace Mises- que si bien el hombre vive en dos esferas que coexisten, la de la contemplación pura o θεωρειν, su vida está también definida, en una gran parte, por la πραξις, el mundo de las decisiones, lo práctico, pues como *homo agens* es como crea en su mente los medios y los materializa para resolver el problema de la escasez que es uno de los determinantes de la condición humana.

Sin entrar a un debate de fines instrumentales y fines últimos, no es necesario pretender que solamente aquello que incumbe en la esfera de la contemplación es no instrumental, y que a la vez las normas morales no puedan tener un carácter instrumental, pues al fin y al cabo sus consecuencias son puramente prácticas. Los principios, aun teniendo carácter universal, no tienen verdadera existencia si no se encarnan en cada caso particular de la acción humana singular y concreta. Por otro lado, Henry Hazlitt señala, acertadamente, que no existe en realidad un inevitable conflicto entre lo que se considera a largo plazo, como sería lo contemplativo, y lo meramente instrumental de corto plazo, pues a largo plazo los fines tienden a converger.[34]

De hecho, un aspecto instrumental de las normas morales es que son *consequence sensitive*, como las caracteriza Gray,[35] siendo únicamente las evaluaciones de las consecuencias de nuestras acciones en el largo plazo. O sea, la consideración fundamental del utilitarismo de norma o regla, sostenido tanto por Hayek como por Hazlitt, y cuya visión contraria, el utilitarismo de caso que pretende poder articular todas las consecuencias de cada acción aislada, sí constituye una expresión del racionalismo constructivista que Oakeshott, Hayek, Popper y Mises critican.

La cuestión de formular normas de conducta que no sean instrumentales como mandatos, como leyes y como normas morales que sean verdaderos principios (la *iurisprudentia*, en el caso de la legislación), en vistas a generar un Estado de libertad jurídica y una sociedad civil -y preservarlas- establece una definitiva relación entre la forma de las normas, el concepto mismo de libertad, y lo que el gobierno está facultado a hacer por ley (los controles a los que se ha hecho alusión, y que es el meollo, según Oakeshott, de lo que se ha llamado *liberalismo*, y la clave para la supervivencia de la sociedad civil).

Así que tanto Gray como Oakeshott rechazan una moral y una legislación basadas en conceptos abstractos de derechos, aunque según Gray no puede la reflexión deshacerse enteramente de conceptos como *libertad*, *interés público*, porque de hecho es en referencia a tales conceptos que se establece la diferencia entre *jus* y *lex*. El concepto mismo de sociedad universal no debería ser una prescripción universal para la vida política, pues siendo un orden espontáneo nació y evolucionó de singularidades históricas que la hicieron posible en muchos países europeos, especialmente en Inglaterra; mas esto no significa que otras civilizaciones, o el desarrollo mismo de Occidente, no puedan aportar, como singularidades históricas, nuevas tradiciones con qué matizar lo que se ha dado en llamar *sociedad civil*, como el andamio social de un orden jurídico que hace a los hombres libres, en un definido contexto político: una democracia constitucional limitada.

En otras palabras, la sociedad civil es la expresión -en el contexto del estado europeo moderno- de la moral individualista, característica distintiva de Occi-

34 Hazlitt, 1974
35 Gray, 1989

dente, que puede absorber nuevas ideas que la fortalezcan. De suyo, hasta ahora, se ha visto *contaminada* con ideas que la han puesto en peligro, y aquí surge un desafío que las naciones estado europeas surgidas de las cenizas del mundo medieval a fines del siglo XIV no conocieron: el hecho de que muchas sociedades han llegado a la madurez de la democracia, en América Latina, Asia y Africa, sin tener una sociedad Civil (que era una de las profecías de Andrej Amalrik: la dificultad que Rusia, como heredera de las tradiciones autoritarias y despóticas del kanato tártaro, no pudiera encarnar el ideal democrático de respeto a la persona e igualdad legal).

Estas sociedades enfrentan el reto de construir una sociedad civil, y otras, como las sociedades de la Europa Oriental que vivieron casi un siglo bajo el yugo socialista, se ven hoy en la necesidad de reconstruir la que un día tuvieron.

El rechazo al autoritarismo que la sociedad civil encarna va temporalmente mucho más en el pasado que las ideologías decimonónicas, como se ha apuntado; sin embargo, las democracias jóvenes enfrentan una idea rival a la fundante de la sociedad civil, la de la validez y primacía de la moral y el derecho como principios -que es la de la *praxis*, lo *pragmático*, una carencia de visión de largo plazo, que, entre otras nefastas consecuencias, concentra el poder en unas pocas manos para *resolver crisis*, crisis que tienen una existencia objetiva, pero que en realidad no tiene una solución única, como los amantes de la teleocracia sostienen.

La concentración del poder es una solución fácil, mas no la única. En el largo plazo, la institución de mecanismos de dispersión y control del poder garantizan que las soluciones que se implementen no quebranten derechos fundamentales en nombre de otros derechos: por ejemplo, el derecho de propiedad que se ve quebrantado por el aumento al impuesto sobre la renta, como el Acuerdo Socioeconómico suscrito entre el gobierno de Guatemala y la guerrilla prevé, en nombre de aumentar recursos en manos del Estado para educación, vivienda, salud y otros rubros.

Y una de las dificultades que estos desafíos arriba señalados implican, es que el acerbo de conocimiento práctico derivado de la interacción mente-civilización como un orden espontáneo en un contexto de conocimiento disperso e imposible de articular en su totalidad y con certeza, que descansa en un proceso de ensayo y error de las instituciones, fundamento del orden social, se ha disipado en una avalancha de cambio cultural (particularmente la experiencia de la individualidad que sostiene la tradición política que funda la sociedad civil misma).

La solución al problema planteado, de la supervivencia de la sociedad civil, es no solamente entender la relación que entre ella, la ley, el papel del gobierno y la moral existe: es también mantenerla, sabiendo adoptar aquellas ideas que pudieran ser útiles. Mas esto supone una verdadera revolución, una profunda transformación tanto de nuestra vida individual, como la vida social, enderezando nuestra visión al futuro.

En parte, esto significaría eliminar la teorización espuria de racionalismo constructivista, sin caer en sus sutiles trampas, como, por ejemplo, un proyecto de filosofía política fundamentalista, de carácter prescriptivo, aun en nombre de la libertad. Las tradiciones que le dieron vida a la sociedad civil están caracterizadas, entre otras cosas, por la comprensión y la tolerancia.

La comprensión, fundamentalmente, de la vida política como un ejercicio en argumento razonado, en tolerancia: una esfera en la que los intereses son moderados y sujetos a compromisos razonables. Oakeshott amplía esta idea al citar a Mill, en cuanto al abandono de la sabiduría subyacente a la práctica de principios: '*... an abandoned reference to a general principle either as a reliable guide in political activity as asatisfactory explanatory device (and) put in its place a 'theory of human progress' and what he called a 'philosophy of history'. The view I have expressed... he tells us may be taken to represent a further stage in this intellectual pilgrimage, a stage reached when neither 'principle' on account of what it turns out to be: a mere index of concrete behaviour nor any general theory about the character and direction of social change seem to supply an adequate reference for explanation or for practical conduct*'.[36]

Y va un paso más adelante de Mill: la respuesta para la supervivencia de la sociedad civil está, en ausencia de la tradición, una coexistencia pacífica en la frágil paz que la sociedad civil hoy conoce.

En otras palabras, Oakeshott cree que la respuesta para los Estados nacionales modernos hoy, en vistas a no constituirse como gobiernos autoritarios (o en vis-

36 Oakeshott, 1962

tas a recuperar la libertad que la verdadera democracia implica), es eliminar los mandatos, la legislación discriminatoria (como la llaman Tullock y Buchanan) y los privilegios. Reconstituir la nomocracia, y entre esto abandonar la idea de que más leyes significa mejores leyes, como se deriva de la doctrina del positivismo jurídico, eminentemente constructivista.

Tanto el pensamiento de Hayek, como el de Oakeshott, apuntan a que la respuesta está entonces más en la forma en que se aplican las normas legales (como generales, abstractas y de igual aplicación) que en su contenido. O, como señala la Teoría de Elección Pública de Virginia, dilucidar el conflicto entre *interés general* e *intereses especiales*, entendiendo el genuino consenso político como el primero, y la acción de grupos de presión para lograr legislación discriminatoria, lo segundo. Esto señala también hacia la importancia de la validez de los principios, como nortes a largo plazo para la conducta que no requieren una legislación *del caso* o *coyuntural*; y permite entonces establecer una renovada relación entre ley, libertad, gobierno, y legislación.

Al hablar de que la sociedad civil, la ley, la moral y el gobierno tienen una relación estructurada en una visión de principios, en el horizonte del largo plazo, no solamente se están considerando las consecuencias de estructurar esta relación de determinada forma en el corto plazo, precisamente para hacerlo así en el aquí y en el ahora, se entra, entonces, al terreno metafísico de los ideales metalegales, de la libertad Milliana como principio axiológico y de la libertad praxeológica -para asuntos personales, para establecer precios y salarios en el mercado- que responden, en un terreno eminentemente práctico a las cosas y asuntos de la vida diaria; que es, en último análisis, el objetivo de establecer principios como nortes para la conducta, en un contexto de conocimiento disperso y de futuro impredecible, en el largo plazo.

Tanto Oakeshott, como Hayek y Popper, señalan entonces con énfasis, a un estado de cosas y un orden jurídico que reflejen la primacía de la moral, fundamentado no en mandatos -leyes instrumentales, según Oakeshott- sino en normas o reglas generales.

En el umbral del Tercer Milenio, hay esperanzas, y desafíos para la sociedad civil y para la libertad individual.

Lo que se ha definido como sociedad civil, la condición sobre la cual se han construido los órdenes jurídicos occidentales, enfrenta hoy por lo menos cuatro grandes desafíos, de los cuales Oakeshott ha señalado uno: el hecho de que la sociedad moderna tiene como característica tecnológica principal, ser la sociedad de la informática, de la Supercarretera de la Información, de tecnología de la información que implica una telecomunicación global prácticamente instantánea. Las personas, en cualquier parte del mundo que haya cable, fax o teléfono, tienen ahora un intercambio de ideas y costumbres que nunca nadie soñó. Esto hace que las tradiciones sobre las cuales fue construida, a través del tiempo, la sociedad civil, se encuentren con ideas que compiten con ellas.

Y esto nos lleva a los desafíos que Samuel Huntington, Solzhenytsin y Brzezinski, entre otros, señalan: para el primero, los frentes de batalla del futuro serán los conflictos actuales entre civilizaciones, que surgieron en el seno del sistema internacional moderno con la Paz de Westfalia en 1648 primero entre príncipes, luego entre estados nacionales y en este siglo, entre ideologías. Los grandes desafíos -de cuyos planteamientos Occidente hasta puede beneficiarse- se enfrentan hoy, según Huntington son tres, que son contrarios al ideal igualitarista y pacífico de la libertad individual: el Islam, el autoritarismo confuciano y el fundamentalismo étnico.

La cuidadosa enseñanza y preservación de la idea de libertad debe enderezarse a enfrentar estos tres peligros en forma pacífica.

Por su parte, Aleksandr Solzhenytsin es categórico: '*... si el Estado, el partido político y la política social no se van a basar en la moralidad, entonces la humanidad no tiene un futuro digno de mencionarse... el Progreso ciertamente ha avanzado espléndidamente, pero nos ha conducido a consecuencias que las generaciones anteriores no podrían haber pronosticado...*'[37] El poeta ruso tristemente apunta, como arriba, que el progreso científico, económico y tecnológico dejó olvidada el alma humana, y, sin embargo, las eternas preguntas prevalecen, en una civilización materialista, ansiosa de gratificación instantánea y de poder: ¿cómo se limita el poder del Estado para hacer daño a los mismos ciudadanos? ¿Cómo podemos volver a tener alma y dejar este materialismo?

37 Moyers, 1996

¿Cuál es el sentido de la vida del hombre libre en sociedad, o en general, qué sentido tiene ser humano? Según Zbigniew Brzezinski, consejero de Jimmy Carter en materia de seguridad nacional, el primer desafío es la cuestión étnica, a la que sele auna la cuestión del fundamentalismo islámico. El tercer desafío es lo que él llama *la indulgencia de Occidente* y *el indulgente cuerno de la abundancia* occidental, una mezcla de materialismo con un vacío moral de los principios tradicionales que constituyeron a Occidente.

Los peligros, sobre todo los derivados del enemigo de siempre de la libertad: la arrogancia del constructivismo racionalista, y su progenie: el positivismo jurídico, que trae a su vez, el autoritarismo, la intolerancia, la represión, la violencia, la ignorancia.

Y, sobre todo, la pérdida de la libertad. El remedio fundamental fue señalado ya por Aristóteles, y refinado a lo largo de los siglos, en el seno mismo de la sociedad civil: la naturaleza del poder no está en la naturaleza de las cosas, sino en la naturaleza humana, que es la incorregible tendencia a la depredación. La evolución política de Occidente traería los controles fundamentales de la constitución escrita y los logros alemanes y norteamericanos.

Mas al parecer están siendo obviados y olvidados. La supervivencia de la sociedad civil depende, fundamentalmente, y con suma urgencia, del abandono de la doctrina del positivismo jurídico y la reinstalación de la Majestad de la Ley, y del necesario e inescapable trato igual por la ley, a gobernantes, y gobernados.

El hombre debe volver a ser, como adelantó Protágoras, ... *la medida de todas las cosas*, en el contexto político y jurídico de normas legales generales, abstractas y de igual aplicación.

Bibliografía

Buchanan, James
1962 [Tullock, Gordon; -]
De la Torre, Armando
1992 *El Dinero en un Estado de Derecho.* Guatemala: CEES.
Gray, John
1989 *Liberalisms, Essays in Political Philosophy.* New York.
Hayek, Friedrich von
1983 *El Orden de la Libertad.* Guatemala: CEES.
1984 *Los Fundamentos de la Libertad.* Madrid: Editorial Universidad Francisco Marroquín.
1991 *La Tendencia del Pensamiento Económico.* Madrid: Unión Editorial.
1993 *Los Precios, la Red de Telecomunicaciones del Mercado.* Guatemala: CEES.
1994 *La Fatal Arrogancia.* Madrid: Editorial Universidad Francisco Marroquín.
Hazlitt, Henry
1974 *Los Fundamentos de la Moral.* Guatemala: CEES.
Herrarte, Alberto
1984 *El Estado de Derecho.* Guatemala: EDITA.
Le Page, Henry
1986 *¿Por qué la propiedad?* Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
Mises, Ludwig von
1949 *Human Action.* Chicago: Contemporary Books.
Moyers, Bill
1996 *Fin de Siglo.* México: Editorial Mc Graw Hill.
Oakeshott, Michael
1962 *The Political Economy of Freedom.* London: Methuen.
1963 *The Voice of Poetry in the Conversations of Mankind.* London: Methuen.
1965 *Experience and Its Modes.*
1975 *On Human Conduct.* Oxford: Clarendon Press.
1983 *On Being Conservative.* New Jersey: Barnes and Noble Books.
Popper, Karl Raimund
1958 *The logic of scientific discovery.* New York: Harper Torchbooks.
1993 *En busca de un mundo mejor.* Barcelona: Paidós.
Tullock, Gordon [Buchanan, James]
1962 *The Calculus of Consent.* New York: Ann Arbor-Paperbacks, The University of Michigan Press.
Varios
1987 *Sobre el contrato social.* San José, Costa Rica: Editorial Libro Libre.

Sección Estudiantil

JUAN SEBASTIAN SOTO[1]

Concepción monista o dualista del Derecho a la luz de la Constitución Política de la República de Guatemala

En el presente ensayo se expone un análisis crítico con el objeto de determinar la presencia de la concepción monista o dualista del Derecho -según Hans Kelsen- en nuestra regulación constitucional.

Primero que todo, es importante desentrañar el significado de la teoría dualista o monista del Derecho, siempre a la luz del pensamiento kelseniano. La teoría dualista establece que existen dos órdenes jurídicos distintos: por una parte, el Derecho internacional; y por otra, el Derecho nacional. Hans Kelsen nos dice al respecto que la teoría dualista no es más que una manera primitiva de visualizar al Derecho, una afirmación de la existencia de dos realidades jurídicas distintas. La teoría monista, de la cual es partidario Kelsen, establece la existencia de una sola realidad jurídica; de un solo ordenamiento jurídico compuesto tanto por el Derecho internacional, como por el Derecho nacional.

A continuación, el análisis constitucional respectivo.

El artículo 46 de la Constitución indica lo siguiente: 'Se establece el principio general de que en materia de Derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno'. Es así como nuestra legislación, de una forma innegable, acepta la existencia de un Derecho internacional, incluso por encima del Derecho nacional como ocurre en materia de Derechos humanos; toma al Derecho internacional y lo integra al ordenamiento jurídico del Estado, dándole fuerza obligatoria. Por lo que si se considera a la luz de este artículo que existe una preeminencia del Derecho local sobre el internacional, en el sentido que es el Derecho local el que le está dando importancia al Derecho internacional, diría Kelsen que ello no es más que un sistema de referencia. De manera que cuando se habla de la preeminencia del Derecho local o internacional, se hace tratándolos como puntos de vista distintos, que en nada afectan la unidad del Derecho. Tanto si el Derecho local queda subordinado al Derecho internacional como si el Derecho internacional al Derecho interno, ambos constituyen elementos de un solo orden jurídico. En mi opinión, Kelsen es bastante acertado al respecto y lo que intenta establecer es que las personas siempre se encuentran sujetas al Derecho; de modo que no existe tal cosa como que cuando salen de la soberanía de un Estado dejen el Derecho al que estaban sujetos a un lado para someterse a otro. Siempre se encuentran sujetos al Derecho de forma hermética.

En el artículo 149 del referido cuerpo legal se encuentra estipulado que Guatemala debe normar sus relaciones con otros Estados de acuerdo al Derecho internacional. Una vez más es el Derecho local el que le está dando importancia al Derecho internacional, volviéndolo parte del mismo Derecho local. Por medio de un análisis se puede concluir con facilidad que es imposible considerar dos ordenamientos jurídicos distintos ya que si, por ejemplo, se incumple con lo preceptuado en el mismo artículo 149 -que es de índole internacional- se estaría ante un incumplimiento del Derecho local. En este artículo, al igual que en el artículo 46 recién mencionado, se establece la preeminencia del Derecho local por las razones ya indicadas, y ello no es más que una forma de ver las cosas y no una negación a la unidad del Derecho.

El artículo 175 del mismo cuerpo normativo establece la preeminencia de la Constitución sobre cualquier ley

1 Estudiante de la carrera de Derecho en la Universidad Francisco Marroquín

que la tergiverse. Ello es porque de darse el caso de una norma internacional que contraríe la Constitución, ésta sea declarada nula ipso jure con el objeto de lograr cierta seguridad y estabilidad jurídica. A la luz del pensamiento Kelseniano, en este caso, no se estaría dando una contradicción lógica sino una contradiccion simple entre una norma superior y una inferior; la unidad del Derecho permanece inalterable. En otras palabras, la inaplicabilidad de una norma no perjudica la integridad del Derecho como una sola realidad jurídica. Otras normas íntimamente relacionadas al artículo 149 son el artículo 204 de la Constitución y el artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial. Dichas normas en ningún momento descartan la existencia de un Derecho internacional más allá del Derecho local como lo haría una teoría dualista.

En conclusión, considero que nuestra Constitución adopta la teoría monista. Algunos creerán que la teoría adoptada es la dualista por la existencia de un Derecho internacional y un Derecho local, pero eso no es determinante para llegar a esa conclusión. Nuestra Constitución le da importancia al Derecho internacional de tal manera que lo integra a un mismo ordenamiento jurídico, por lo que si se incumple se da un incumplimiento al mismo Derecho local. La realidad jurídica no es más que una y es inconcebible pensar en dos Derechos que regulen la vida humana. La única diferencia que hay entre el Derecho internacional y el Derecho nacional es el ámbito de aplicación de cada uno. Uno regula las relaciones entre Estados soberanos; y el otro, las cuestiones internas dentro cada uno de esos Estados. El Derecho local sería equivalente a hablar de las distintas pirámides que comprenden la normatividad de cada Estado; y el Derecho internacional, el lazo que une a cada una de ellas, siendo ambos ingredientes de una misma realidad jurídica.

Que 'el hombre es un animal racional' es una de esas proposiciones que no requieren demostración, ya que el sujeto lo admite.

Frank H. Knight

CARLOS RAFAEL PELLECER LOPEZ[1]

Postura dualista o monista del Derecho internacional en Guatemala

El propósito del presente ensayo es determinar si el ordenamiento jurídico de Guatemala adopta una postura monista o dualista respecto al Derecho internacional. Los monistas son aquellos que abogan por la existencia de un solo Derecho; para ellos tanto el Derecho internacional como el doméstico forman parte de un todo jerárquicamente ordenado. En la otra mano encontramos a los dualistas, quienes afirman que lo que pasa es que hay dos clases de Derecho: uno que rige las conductas nacionales dentro de un territorio determinado; y el otro, que regula la actuación de los Estados como miembros de la comunidad internacional. Los precursores del dualismo presentan el problema que por la esencia misma de su postura, tienen que decir cuál de esos ordenamientos (si el local o internacional) es superior, subordinando uno al otro. Sin embargo, los modernos doctrinarios han encontrado una postura intermedia y moderada, que parte de la concepción dualista. Ellos dicen que lo que hay en efecto son dos tipos de ordenamiento jurídico, pero que no es correcto determinar absolutamente cuál es superior al otro, pues ambos son superiores en su propio campo. Así, el Derecho internacional es superior al Derecho doméstico en el campo internacional, de la misma manera que el Derecho doméstico es superior al Derecho internacional en el ámbito nacional.

El jurista austríaco Hans Kelsen revolucionó la concepción jurídica a principios de siglo, al haber postulado una aproximación científica al conocimiento del Derecho. Es importante tener esto en cuenta, pues él mantiene la unidad de su objeto de estudio en cualquier ámbito que se le presente. La razón es la siguiente: no habría podido proporcionarnos una explicación científica del fenómeno si su objeto de estudio estuviera compuesto por diversos objetos contrapuestos entre sí. Hubiera sido como intentar hacer un estudio de la física que gobierna cada una de las galaxias que componen el universo, olvidando que son las mismas leyes físicas las que gobiernan la materia y las fuerzas en todo el universo.

Kelsen, al tratar el tema del Derecho internacional, empieza diciendo que en el sistema normativo internacional se encuentran tres tipos de normas jerárquicamente subordinadas entre sí. En primer lugar, está el Derecho internacional general, que se encuentra arriba de la pirámide y que da lugar a la existencia del Derecho internacional convencional. De la misma manera encuentran su fundamento las sentencias o normas creadas por tribunales internacionales. El propósito del presente ensayo no es profundizar en cada uno de estos tipos de Derecho internacional, sino resaltar la visión unitaria y la organización jerárquica que Kelsen nos presenta del problema. En la medida que tengamos presentes la unidad del objeto de estudio del Derecho, en esa medida entenderemos la explicación monista que Kelsen nos proporciona.

Kelsen reconoce el carácter primitivo del Derecho internacional, aunque le reconoce que es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción manifestado a través de las guerras o represalias. Entonces, si el Derecho internacional es un conjunto de normas que regulan el ejercicio de la coacción, no es posible considerar el Derecho internacional

1 Estudiante de la carrera de Derecho en la Universidad Francisco Marroquín

opuesto al derecho local, pues la coexistencia de dos órdenes coactivos que regulen lo mismo se anularían entre sí o existieran en una eterna pugna, lo cual no pasa, como la historia nos lo ha mostrado.

Insiste en la postura monista al afirmar que el Derecho internacional determina las obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos de los Estados. Y como las normas de Derecho internacional también se aplican a los individuos, pues toda norma jurídica pretende regular las conductas humanas, las mismas prescriben las obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos, pero en relación con determinado Estado.

La visión dualista (o pluralista como Kelsen señala, dada la existencia de tantos órdenes jurídicos nacionales) se tropieza con una imposibilidad lógica, pues si las normas de Derecho internacional y la de los Derechos nacionales se consideran como simultáneamente válidas, uno de los dos sistemas tendría que dejar de ser normas jurídicas. Esta imposibilidad lógica es lo que lleva a la conclusión de concebir el Derecho desde un solo y mismo punto de vista, para considerarlo como un sistema único jerárquicamente organizado. En la medida en que el Derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y, por consiguiente, obligatorias, dice Kelsen que es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. Al respecto nos dice que tal coherencia se logra sólo mediante la subordinación de unas normas a otras, derivando unas su validez de las otras, y no por medio de una coordinación con ámbitos de validez delimitados, pues en este caso la validez de las normas se quedaría en el aire. Para Kelsen, la construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Los dualistas fundan su argumentación en que la independencia entre Derecho internacional y Derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos Derechos; pero si esto fuera cierto, entonces sería imposible afirmar la validez simultánea del Derecho internacional con los Derechos nacionales. Para los monistas, el Estado sólo está obligado por el Derecho internacional si lo ha reconocido, y los otros Estados sólo existen jurídicamente si los ha reconocido como tales. Bajo esta óptica, la voluntad del Estado sería el fundamento de la validez del Derecho internacional y los demás órdenes jurídicos nacionales, constituyéndose este Estado en la autoridad jurídica suprema. En otras palabras, se estaría reconociendo la primacía de un orden jurídico nacional. En contraposición con lo anterior, los monistas reconocen la existencia de un orden jurídico al cual los Derechos nacionales están subordinados, lo que desemboca en un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del Derecho internacional; no se debe buscar la validez de este derecho en un orden jurídico nacional, sino al contrario, son los órdenes jurídicos nacionales los que tienen su fundamento en el Derecho internacional. La ilación lógica empleada por Kelsen para explicar la primacía del Derecho internacional es buena, sin embargo, yo creo que no lo dejó herméticamente sellado, pues ¿cómo es posible que si antes de que existiera Derecho internacional los distintos órdenes jurídicos nacionales eran válidos por sí solos, ahora que ya existe Derecho internacional, su existencia depende del Derecho internacional? En otras palabras, no queda claro cómo es posible que el Derecho nacional deje de existir con el advenimiento del Derecho internacional, pues sería como si este último se arrogase un poder destructor.

Dado que el Derecho internacional es superior al derecho nacional (bajo la óptica monista) no pueden haber contradicciones lógicas entre estos dos Derechos, pues las contradicciones que se creen ver entre el Derecho internacional y el nacional no son contradicciones lógicas sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior. Lo anterior es debido a que la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino únicamente que la norma inferior puede ser anulada. Por lo mismo, el Derecho internacional delimita los dominios de validez del Derecho nacional, pues a pesar de no existir un Estado Mundial, la pirámide de normas vendría a terminar con el Derecho internacional, creando un ordenamiento jurídico universal o mundial.

Ahora que ya tenemos claro lo postulado por las doctrinas dualista y monista, y sus respectivas consecuencias, nos toca determinar cuál postura acoge el ordenamiento jurídico de Guatemala. Pero antes creo conveniente establecer que el concepto de soberanía juega un papel importante a la hora de analizar la pos-

tura adoptada por Guatemala. A este respecto, el juego político es curioso, pues pone de manifiesto el 'doble estándar' usado por países desarrollados. Así, vemos que países desarrollados invocan soberanía limitada sólo cuando les conviene, pues les dicen a países subdesarrollados que su soberanía está limitada por las normas de Derecho internacional, aunque ellos al mismo tiempo hacen uso de una soberanía ilimitada. Como ejemplo de lo anterior tenemos el caso de Estados Unidos de América que no ha suscrito el tratado que regula el uso de las aguas del mar y que establece una zona económica exclusiva de 200 millas náuticas; y la razón para no firmarlo es política, pues Estados Unidos vería reducido su campo de acción significativamente. Un ejemplo más reciente son las pruebas atómicas que Francia practicó en el Atolón de Mururoa, pues a pesar que la comunidad internacional se lo prohibía, Francia las efectuó debido a que se consideró ilimitadamente soberana. Lo que aquí se pone de manifiesto es un problema de poder. El Derecho nació como el medio para contrarrestar la anarquía (ilimitado poder de todos) con el despotismo (ilimitado poder de una persona). Pero obviamente, el Derecho nació con la condición suspensiva de una renuncia del poder individual depositada en el Derecho mismo. Lo mismo sucedió con el derecho internacional, pues los países más poderosos ya no podían hacer lo que se les daba la gana, sino que desde entonces se vieron bastante limitados. Lo anterior se confirma con la inoperancia del Derecho de conquista ampliamente usado en la antigüedad. La neutralización del poder de cada país beneficia en mayor grado a un país débil que a uno fuerte. Pero, ¿qué gana un país fuerte con el Derecho internacional, sino una limitación a su poder? Por eso es que en muchos casos los países desarrollados imponen una concepción limitada de la soberanía a los países subdesarrollados, mientras que ellos se quedan con una soberanía ilimitada. Los países fuertes y los que abogan por una soberanía ilimitada son partidarios de la concepción dualista, pues es el único medio que encuentran para justificar su preeminencia. Esto pone de manifiesto la inconveniencia de la postura dualista, dado que se puede usar en cualquier momento en detrimento de un país débil frente a uno fuerte. Todos los países son igualmente soberanos, y esa igualdad se protege en la medida en que todos están subordinados al Derecho internacional.

Guatemala, al igual que muchos países subdesarrollados, todavía mantiene un concepto de soberanía casi ilimitado, y se ha olvidado del desarrollo jurídico en el campo internacional. La soberanía ya no se entiende como antes, pues poco a poco pierde importancia; el avance de las comunicaciones y el crecimiento de mercados internacionales ha ido minando el blindaje de la soberanía para imponer un orden jurídico que trasciende los Congresos y Parlamentos nacionales. La autonomía de la voluntad de los Estados no es absoluta y cada día el Derecho internacional es más importante. Ya no podemos concebir un Estado que haga lo que desee; prueba de ello son las sanciones a las que un Estado se hace acreedor por violación de Derechos Humanos. A pesar de lo anterior, que tan sólo es una descripción de lo que está pasando, Guatemala sigue con su vetusta legislación y con una ilusoria concepción de soberanía, inoperante para las exigencias actuales. Así vemos cómo en Guatemala se adopta una postura dualista porque el artículo 204 de la Constitución Política de la República establece que los tribunales observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. Adicionalmente, el artículo 46 del mismo cuerpo legal establece que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho interno. Por si fuera poco, el inciso l) del artículo 171 de la Constitución estipula como atribución del Congreso de la República aprobar los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional. Las anteriores normas ponen de manifiesto el carácter dualista de nuestro ordenamiento jurídico, pues para que una obligación (Tratado) internacional tenga consecuencias internas, debe ser ratificada y aprobada internamente por Guatemala. Evidencia una especie de juego en el que Guatemala se considera suficientemente madura para ir al mundo internacional, pero con relación a cualquier cosa que haga fuera de su casa, tiene que regresar para pedirle permiso al ordenamiento jurídico guatemalteco. Por otra parte, pareciera que Guatemala adopta la concepción moderada de la corriente dualista, pues el artículo 149 de la Constitución refleja el principio de que el Derecho interno tiene preeminencia en el territorio nacional, pero el Derecho internacional es superior en el campo internacional. De las anteriores normas se concluye que el Derecho internacional es superior en el campo

internacional y el interno en el campo interno, lo que evidencia la postura dualista de nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de reconocer lo superior del Derecho internacional en el campo internacional, cabe afirmar que esta postura admite contradicciones lógicas entre sí, pues en esencia está estructurada para admitir contradicciones, cosa que no hubiera pasado con una postura monista. Admite contradicciones en virtud de que da la posibilidad de cumplir con el Derecho internacional e incumplir con el Derecho local, y viceversa. En la medida en que el ordenamiento nacional e internacional estén sintonizados, en esa medida se evitan las contradicciones; y esa sintonía se optimiza por medio de una subordinación jerárquica que sólo se explica satisfactoriamente con la concepción monista del Derecho internacional.

Yet, after all, there is no harm in being sometimes wrong - specially if one is promptly found out.

J.M. Keynes

Sección Legislativa

ORGANISMO LEGISLATIVO. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

Decreto Número 8-98

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que el Decreto número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, declaró dar un tratamiento acertado a las diversas doctrinas e instituciones del Derecho Mercantil, que respondan a las necesidades del desarrollo económico del país;

CONSIDERANDO:

Que es necesario adecuar la legislación nacional en materia de contratos de agencia y otros contratos afines o similares, a los compromisos que ha adquirido el Estado de Guatemala en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, por lo anterior es necesario derogar las normas del Decreto número 78-71 del Congreso de la República;

CONSIDERANDO:

Que la modificación al Capítulo II, del Título II, del Libro I del Código de Comercio, en todos sus artículos, obedece también a la necesidad de integrar en un solo cuerpo legal y de manera ordenada y sistemática, la regulación sobre los contratos de agencia y otros contratos afines o similares,

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Artículo 1o. Se reforma el nombre del Capítulo II, del Título II, del Libro I del Código de Comercio, que comprende los Artículos 280 al 291 inclusive, los cuales quedan así:

CAPITULO II

AGENTES DE COMERCIO, DISTRIBUIDORES Y REPRESENTANTES

*Artículo 280. **Agentes de Comercio.*** Son agentes de comercio, las personas que actúen de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquéllos. Los agentes de comercio pueden ser: 1) Dependientes, si actúan por orden y cuenta del principal, forman parte de su empresa y están ligados a éste por una relación de carácter laboral; 2) Independientes, si actúan por medio de su propia empresa y están ligados con el principal por un contrato mercantil, contrato de agencia.

Los agentes de comercio independientes, también podrán celebrar contratos mercantiles por cuenta propia, para vender, distribuir, promocionar o colocar bienes o servicios en el territorio nacional, cuando así lo haya convenido con el principal.

Son distribuidores o representantes, quienes por cuenta propia, venden, distribuyen, promueven, expenden o colocan bienes o servicios de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, llamada Principal a quien están ligados por un contrato de distribución o representación.

Las disposiciones de este capítulo regirán la actividad de otros agentes que se dediquen a colocar seguros, contratos de capitalización, de ahorro y préstamo y similares, salvo lo dispuesto en leyes espe-

ciales. Por el contrario, las disposiciones de este capítulo no serán aplicables a contratos o relaciones de licencias de uso o usufructo de propiedad industrial e intelectual y de franquicias comerciales.

'*Artículo 281. **Otras actividades.*** Salvo pacto en contrario, los agentes de comercio pueden dedicarse a cualquier otra clase de actividades y negocios y aun actuar por cuenta de otros principales, cuyos productos o servicios no compitan entre sí'.

'*Artículo 282. **Cambio de Condiciones.*** Las condiciones generales en que el agente de comercio dependiente puede presentar y tramitar propuestas, o en su caso contratar, podrán ser alterados por el principal y las modificaciones serán obligatorias para el agente desde el momento en que lleguen a su conocimiento.

En cuanto a las condiciones generales que rigen el contrato o relación jurídica existente entre el principal y el agente de comercio independiente, cualquier cambio deberá regirse de conformidad con lo convenido entre las partes. El contenido del convenio, puede probarse en cualquiera de las formas establecidas en la ley'.

'*Artículo 283. **Agente, distribuidor o representante exclusivo.*** El principal puede valerse simultáneamente de viarios agentes, distribuidores o representantes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad, salvo cuando se les hubiere otorgado por contrato la calidad de agentes, distribuidores o representantes exclusivos para una zona determinada'.

'*Artículo 284. **Autorización expresa.*** El agente sólo podrá celebrar contratos a nombre del principal, hacer cobros, conceder descuentos, quitas o plazos y varias las condiciones de los contratos o formularios impresos del principal, si estuviera autorizado expresamente para ello'.

'*Artículo 285. **Reclamaciones y Fianzas.*** El agente podrá, en todo caso, recibir quejas y reclamaciones con relación a los negocios celebrados por su intermedio, las que deberá transmitir al principal con la mayor brevedad. También podrá el agente obtener fianza para garantizar al principal el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de éste'.

'*Artículo 286. **Funciones del Agente.*** Las relaciones entre el principal y el agente independiente, salvo lo dispuesto en este capítulo, se regirán por lo convenido entre ambas partes. En todo caso, dichos convenios no afectarán los contratos celebrados y los pedidos y ofertas aceptados entre el agente independiente y terceros de buena fe'.

El agente deberá transmitir sin dilación al principal, copias fieles de los pedidos y ofertas que reciba y de los contratos que celebre, si estuviera facultado para actuar por cuenta de este último, en cuyo caso queda obligado el principal frente a terceros en los contratos celebrados y los pedidos y ofertas convenidos.

Salvo el caso expresado en el párrafo anterior, los pedidos y ofertas que reciba el agente tendrán el carácter de simples propuestas, que no obligarán al principal sino desde el momento en que éste conteste aceptándolos. El principal podrá, a su discreción aceptar o no los pedidos y ofertas que le transmita el agente y no tendrá obligación de dar a conocer a éste las causas o motivos que determinaron el rechazo".

'*Artículo 287. **Obligaciones del agente.*** El agente dependiente, debe cumplir su encargo de conformidad con las instrucciones recibidas y proporcionar al principal, cuando éste se lo solicite, informaciones pertinentes con relación al mercado o a los diferentes negocios realizados o por realizarse por intermedio del agente. Salvo lo dispuesto en este capítulo, las obligaciones del agente independiente, se regirán por lo convenido entre éste y el principal'.

'*Artículo 288. **Derechos del agente.*** Salvo pacto expreso que lo estipule de otra manera en cuanto a la remuneración del agente, éste tendrá derecho a una comisión sobre la cuantía del negocio que se realice por su intervención, de acuerdo con los usos y prácticas del lugar.

En iguales condiciones, el agente tendrá también derecho a percibir comisión por los negocios concluidos directamente por el principal con efectos en la zona reservada para el agente exclusivo, si dicha exclusividad se pactó contractualmente, aunque éste no hubiere intervenido en dichos negocios'.

'*Artículo 289. **Responsabilidad del Principal.*** Si por dolo o culpa del principal no llegare a realizarse en todo o en parte un negocio contratado por medio

del agente, éste conservará el derecho a reclamar íntegra su comisión principal.

Si el negocio no se realizare total o parcialmente por convenio entre el principal y el tercero, el agente tendrá derecho a percibir su comisión por la parte del negocio que se hubiere realizado, salvo pacto en contrario'.

'*Artículo 290. **Terminación del contrato de agencia, distribución o representación.*** Los contratos de agencia independiente, distribución o representación mercantil, sólo pueden terminar o rescindirse:

1. Por mutuo consentimiento entre las partes, manifestado por escrito;
2. Por vencimiento del plazo, si lo hubiere;
3. Por decisión del agente, siempre que diere aviso al principal con tres meses de anticipación. En este caso quedará obligado a la rendición de cuentas desde que fuere requerido para ello y, si así lo requiriere el principal, a reintegrar la mercadería objeto de la relación contractual que obrare en su poder, a precio 'C.I.F'.

La terminación del contrato o relación de agencia por virtud de lo dispuesto en este inciso y los dos anteriores, no generará para ninguna de las partes, obligación de indemnizar daños y perjuicios.

4. Por decisión del principal, en cuyo caso será responsable frente al agente por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la terminación del contrato o relación comercial si no existiere justa causa para haber dado por terminado dicho contrato o relación.
5. Por justa causa. En este caso, el causante de la rescisión o terminación del contrato será responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte. Para tal efecto, se entiende que existe justa causa y pueden invocarla en su favor:

A) Cualquiera de las partes:

I. Por incumplimiento o contravención de la otra parte, de las obligaciones que hubieren convenido;

II. Por la comisión de algún delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra; y,

III. Por la negativa infundada de la otra parte a rendir los informes y cuentas o practicar las liquidaciones relativas al negocio, en el tiempo y modo que se hubiere convenido.

B) El principal:

I. Si el agente divulga o informa a tercero, sin la debida autorización, de todo hecho, dato, clave o fórmula cuyo secreto se le haya confiado por virtud del respectivo contrato; y,

II. Por la baja en el promedio de ventas o colocación de los bienes o servicios convenidos, debido a negligencia o ineptitud del agente, comprobada judicialmente. En caso de que no se demostrara dicho extremo, se estará a lo dispuesto en el numeral 4 de este artículo;

C) El agente, distribuidor o representante:

I. Cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente, impidan o tiendan a impedir, que el agente cumpla con el contrato.'

'*Artículo 291. **Controversias.*** Cuando las partes no se pusieren de acuerdo, después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva sobre la cuantía de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del artículo anterior, el monto de la misma deberá determinarse judicialmente en la vía sumaria, en cuyo caso el demandante deberá proponer dictamen de expertos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso, sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados.

En el contrato respectivo o después de ocurrida la causal, las partes también pueden optar por el arbitraje para resolver cualquier clase de controversias derivadas de dicho contrato. En todo caso, tanto los procesos judiciales como arbitrales, deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales o arbitrales.

Si una de las partes fuere condenada al pago de indemnización, la sentencia o el laudo podrá contemplar pronunciamiento:

a) Sobre la existencia o inexistencia de perjuicios y en caso de declararse su existencia, la cuantía de los mismos que en equidad corresponden, según la naturaleza y circunstancias del negocio; y
b) Sobre la existencia o inexistencia de daños y en caso de declararse su existencia, la cuantía de los mismos, en los siguientes rubros:

1) Por concepto de gastos directos y de promoción o propaganda, que se hubiere efectuado con motivo y para los fines del contrato, durante el último año.
2) Por concepto de inversiones que con ocasión o motivo del contrato, se hayan efectuado, siempre que éstas no fueren recuperables o aprovechables para otros fines.
3) Por concepto de pago de las mercancías existentes al precio de costo bodega (C.I.F.) que ya no pudieren venderse por causa de la terminación o rescisión del contrato, siempre que estuviere en buen estado. Sin embargo, también se considerará que se encuentra en buen estado aquella mercancía cuya descomposición sea imputable al principal.
4) Por concepto de indemnizaciones a que conforme a la ley, tuvieren derecho los empleados o trabajadores cuyo despido obedeciere a la terminación del contrato.'

Artículo 2. Se deroga el Decreto Número 78-71 del Congreso de la República. 'Contrato de Agencia, Distribución o Representación.' No obstante, los contratos o relaciones jurídicas existentes al amparo del Decreto Número 78-71 del Congreso de la República que se deroga continuarán rigiéndose por sus normas, conforme a lo dispuesto en el artículo número treinta y seis (36) literales f) y k) de la Ley del Organismo Judicial, hasta el efectivo vencimiento o terminación de los mismos.'

Artículo 3. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCION, PROMULGACION Y PUBLICACION.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS CUATRO DIAS DEL MES DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO.

RAFAEL EDUARDO BARRIOS FLORES, PRESIDENTE; RUBEN DARIO MORALES VELIZ, SECRETARIO; VICTOR RAMIREZ HERNANDEZ, SECRETARIO.

Indice

Indice

A
Acton, Harold B. 102
Acuerdo Socioeconómico 141, 150
Agentes Viajeros 10
Alemania nazi 146
Altruismo 107, 108
Amalrik, Andrej 150
American Catholic Commitee 121
Anarquía 159
Antropología cristiana 125
Apnea 74
Aquinate
véase Aquino, Tomás
Aquino, Tomás 136
Argandoña, Antonio 121, 122
Aristóteles 136, 137, 144, 152
Etica a Nicómaco 130
Asamblea Nacional Constituyente 44, 49, 50
Asociación Médica Americana (AMA) 67
Atenienses 138
Atolón de Mururoa
pruebas atómicas 159
Augusto 73
Autoritarismo 135, 150, 151, 152

B
Balcanización 146
Barbarismo 133
Bernard Shaw, George 101
Bien común 45, 48, 54, 55, 58, 63, 116, 123, 125, 140
Bolcheviques 139
Brzezinski, Zbigniew 151, 152
Buchanan, James 147, 151

C
Capitalismo
concepto 101, 103, 112
consumismo 101, 106
críticas morales 101, 102
defectos 102, 103, 104, 105
definición 115, 118, 123
eficacia 101, 102, 105, 109, 113
generosidad 101, 107, 109
interés 101, 108
manchesteriano 109
salvaje 117
valores éticos 111, 114
Cardenales
Casaroli 117
Hoeffner 116
Cargas tributarias 146
Carlyle 105
Carta de las Naciones Unidas 30, 31, 38
Carta Magna
véase Constitución Política de la República de Guatemala
Carter, Jimmy 152
Castro, Fidel 139
Categorías axiológicas 145, 149
Católico
integrista 125
progresista 125
Chevalier, Maurice 110
Chile 104
Chrysler Corporation 107
Cicerón 137
Cicerón, Marco Tulio 130
Círculo de Viena 144
Civilización 127, 128, 129, 132
occidental 143
Civitas 136
Codicilo 69, 71, 73, 74, 76
Código de Comercio 3, 6, 8
agentes de comercio 161, 162
controversias 163
principal 161, 162, 163, 164
reclamaciones y fianzas 162
Código de Trabajo
Prestaciones mínimas 98
Tutelaridad 96, 99
Colectivismo 101, 102, 103, 105
Coleridge 105
Collegia 136
Colombia 60
Competencia 5
Comunidad Internacional 46, 51, 52
Concejo municipal 136
Concilio Vaticano II 116, 117, 122
Conferencia de los Derechos Humanos de Teherán 34
Conferencia Episcopal Alemana 121
Congreso de la República 3, 4, 5, 6, 7
Constitución 1
Constitución mexicana de 1917 88
Constitución Política de la República de Guatemala 4, 5, 6, 8, 76
artículo 149 155, 156, 159
artículo 171 159
artículo 175 155
artículo 204 156, 159
artículo 46 27, 28, 33, 39, 40, 43, 44, 47, 48, 49, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 159
preeminencia 155
Constitucionalismo norteamericano 138
Constructivismo 128, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 152
Contrato de agencia, distibución y representación
inconstitucionalidad 3, 4, 5, 8
Contrato social 137
Contratos
con intermediarios extranjeros 10
con intermediarios locales 9
franquicias 23, 24, 25
internacional de distribución 9, 11
Convenciones
Americana de Derechos Humanos 44, 88
Viena 30, 31, 65
Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales 38
Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial 23
Copérnico 135
Copyrights 77, 79
Corte de Constitucionalidad 44, 52, 56, 57, 58, 65, 93
Corte Interamericana de Derechos Humanos 34, 38, 47
Corte Permanente de Justicia Internacional 32, 37
Corte Suprema de Justicia 27, 32, 53, 55, 57, 62, 65
Costa Rica 40, 59, 63, 64
Cristianismo 113, 142
Cultura griega 142

D
De la Torre, Armando 147, 148
De León Carpio, Ramiro 93
De Pina Vara, Rafael 46, 63
Debido proceso 25, 54, 57
Decadencia moral 143
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 46, 62
Decretos
78-71 3, 4, 5, 6, 7, 8, 19, 20, 21
8-98 3, 6, 7, 161
Deístas 108
escoceses 121

Democracia
liberal constitucionalista 135, 147
Derecho
Civil 97, 100
concepcion dualista 155, 156
concepcion monista 155
consuetudinario 32
debido proceso 6
defensa 5
doméstico 157
evolutivo 95, 97
humanos 93, 137
individuales 87, 88, 89, 91, 93, 94, 136, 146, 148
internacional 155, 156, 157, 158, 159, 160
interno 27, 28, 29, 30, 32, 33, 37, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64
laboral 47, 62, 98, 99, 100
local 155, 156
marcarios 25
nacional 155, 156, 158, 160
presunción de culpabilidad 5
presunción de inocencia 6
romano 68, 69, 71, 73, 76, 112, 130
sociales 101, 112
tradición jurídica latina 1
unidad 155, 156
Derecho Internacional
Consuetudinario 32, 45, 46, 62
convencional 157
general 157
preeminencia 39, 40, 43, 51, 54, 55, 57, 60, 61
Público 29, 64
supremacía 158
Derecho Mercantil 161
Derecho sucesorio 68
Derechos fundamentales del hombre
libertad 129
propiedad 129
vida 129, 131
Derechos Humanos 87, 88, 89, 91, 92, 93, 155
civiles 34, 35
Corte Interamericana 34, 38, 47
culturales 33, 34, 39, 44, 63, 64
declaracion universal 46, 54, 62
económicos 33, 34, 38, 39, 44, 63, 64
educación 34, 44
individuales 33, 34, 35, 37, 44, 63
políticos 34, 35, 54, 55, 64
salud 34, 35
sociales 33, 34, 35, 38, 39, 44, 63, 64
trabajo 28, 34, 46, 64
Descartes 135, 139
duda metódica 128
Descubrimientos científicos 84
Despotismo 159
Determinismos 135, 138
Deuda internacional 111
Dialéctica 101, 110, 127
Diario Oficial 3
Dignidad personal 116
Dilthey 144
Dios 135, 136
Distribuidor 20
Doctrina aristotélica 119
Donación de órganos 74, 75
Doral, José Antonio 119
Dualismo 157
Duda metódica 128

E
Ecología humana 124
Economía
de mercado 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 115, 118, 123
mixta 101, 103, 104
Economistas liberales 101, 111
Edad Media 136, 140
Eichmann 141
Eire 141
Ejército 53
El Salvador 34, 59
Electroencefalograma 74
Empirismo 127, 128
Empresa Eléctrica de Guatemala 93
Empresa matriz 23
Encíclicas
Centesimus annus 115, 116, 118, 120, 123, 124, 125
Gaudium et spes 116
Laborem exercens 116, 118
Libertas 121
Lumen gentium 117
Mater et magistra 116, 118, 119
Octogesima adveniens 116, 121
Pacem in terris 116
Populorum progressio 116
Quadragesimo anno 116, 117
Rerum novarum 115, 116, 118
Sollicitudo rei socialis 115, 116, 117, 118, 120
Syllabus 121
Escolásticas 119, 121
Escrivá de Balaguer, José 122
Escuela austriaca 111
Escuela de la Exégesis 41, 42
Escuela Histórica 42
Estado 1
Benefactor 109, 113, 146
cargas tributarias 146
de Bienestar 105, 110
de Derecho 142, 145, 147, 148, 149
intervención 115, 118, 120, 122
justicia 146, 149
Nacional 135, 136, 141, 151
providencia 146, 148
seguridad 146
soberanía 155
teleocrático 146
Estado Mundial 158
Estados
derechos subjetivos 158
obligaciones 158
responsabilidades 158
soberanía 158, 159
Estados Partes 37, 38, 44
Estados Unidos 105, 107, 110
Carta Pastoral Económica del Episcopado 121
Constitución de 1787 80
Corte Suprema de Justicia 32, 53, 55, 57, 62, 65
de América 159
de Norte América 68
Juez Marshall 32
Estagirita
véase también Aristóteles
Etica 101, 102, 107, 108, 111, 114
Evangelio 117, 122
Evans, Oliver 80, 81
Evolución social 140, 145
Exportación directa 9

F
Familia 45, 48, 58
Fernández de la Mora, Gonzalo 113
Filosofía
aristotélica 128
constructivismo 128, 138, 139
criterio de verdad 128
de la ciencia 135, 137, 138
de la libertad 135, 137
dialéctica 127
duda metódica 128
empirismo 127, 128
epicúrea 142
estoica 142
historicismo 137, 138, 144
imperativo categórico 149
liberalismo 149
platónica 127
polilogismo 137, 138
racionalismo 127, 128, 146
silogismo 128
Física 157
Florencia 146
Francia
pruebas atómicas 159
Franklin, Benjamín 80, 85
Franquicias
comerciales 6
contrato 23, 24, 26
inscripción 24
internacionales 24
licencias de uso 23, 24, 26
transferencia 24
Frente de Unidad Nacional (FUN) 53
Frente Republicano Guatemalteco (FRG) 53
Friedman, Milton 108
Friedman, Rose 108
Fuerza laboral 82
Fuerzas armadas 82
Fundamentalismo religioso 135

G
Galaxias 157
Gasto público 104
Genocidios 136
Georgetown 81
Gilder, George 107, 108
Girón Ortiz, Gabriel 53
Globalización 95, 97, 99, 100
Gödel 138, 140
González, Felipe 146
Gray, John 137, 149
Grecia 138
Gremios 136
Griegos
Bulé 142
pritaneo 142
Grocio 131, 137
Guerra Fría 135
Guerras mundiales 110, 139
Guildas 136

H
Hamburgo 136
Hayek, Friedrich Augusto von 77, 78, 85, 90, 91, 103, 111, 112
cosmos 140, 143, 145
nomocracia 145, 146, 151

orden espontáneo 127, 129, 130, 132
órdene espontáneo 140
órdenes deliberados 140
taxis 140, 143, 145
teleocracia 145, 146, 147, 150
Hazlitt, Henry 149
Hegel, Federico 136, 143
Heidegger, Martin 147
Helenos 136
Herrarte, Alberto 147, 148
Historicismo 137, 138, 144
Hobbes, Thomas 128, 136, 137, 138, 143
Honduras 40, 59, 60
Hopkins, Samuel 81
Horda 140
Hume, David 78
percepciones sensibles 128
Huntington, Samuel 151

I
Identidad nacional 135, 140, 141
Ideologías morales 142, 143, 149
Iglesia Católica
Concilio Vaticano II 116, 122
cuestiones económico-sociales 115, 116
doctrina social 115, 116, 117, 118, 120, 122
magisterio 116, 125
Teología de la Liberación 139, 140
Iglesias 82
Ilustrados 138, 142
Imperativo categórico 139, 145, 149
Indemnización 4, 5, 7
Individuos
derechos subjetivos 158
Inglaterra 125, 137, 146, 147, 150
Institute for Economic Affairs de Londres 102
Interés público 77, 79, 80
Intermediación extranjera 9
Intervencionismo 102, 104, 105, 113
Intolerancia 135, 152
Irán Islámico 146
Islam 149, 151
Ius civile 130
Iusnaturalismo racionalista 130

J
Japón fascista 146
Jefferson, Thomas 80, 81
Jenks, Joseph 81
Jesucristo 143
Jiménez de Aréchaga, Eduardo 32, 64
Juan Pablo II 106, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 124
Juan XXIII 116, 118, 119, 121
Judicial Council 67
Judíos 141
Juez Marshall 32
Juicios de Nuremberg 35
Justicia
distributiva 111
social 111, 112

K
Kaal 149
Kant, Emmanuel
imperativo categórico 139, 145, 149
ley natural 127, 130, 131
Kelsen, Hans 155, 156, 157, 158
Know-how 23, 24

L
Laissez faire 105, 137
Laissez passer 105
Lenguaje matemático 144
León XIII 115, 116, 118, 121
Ley de Agencia y Distribución 19
Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad 44, 50, 63
Ley del Organismo Judicial 7, 28, 40, 41, 42, 43, 48, 49, 50, 51, 61, 62, 63, 156
Ley natural 127, 130, 131
Leyes 1
código criminal 149
islámica 149
mosaica 149
Liberalismo 137, 148, 149
económico 103, 113
eliminación del Estado 1
filosófico 115, 121, 122
manchesteriano 117
Libertad 101, 102, 103, 104, 105, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 128, 129, 131, 132, 133
cristiana 117
individual 1, 90, 91, 94, 135, 136, 137, 142, 145, 151
Liga de la Hansa 136
Living will, *véase* testamento de vida
Locke, John 121, 137, 138, 147
Londres 23
Lord Acton 147
Lübeck 136

M
Machlup, Fritz 81, 82, 85
Marca 23, 24, 25, 26
comercial 77, 79
registrada 77, 80, 83
Marx, Carlos 136, 141, 143
Marxismo 135, 138
Massachusetts 75
Materialismo 152
Medios artificiales de vida 67, 71
Meier, Hugo A. 80, 81, 85
Memoria histórica 106
Méndez Mora, Rolando 53
Mercado 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 140, 141, 147, 151
internacionales 159
Mercantilismo 105, 110
Método
Científica 42
Libre Investigación 42
semántico 52, 55
teleológico 52, 55
Michigan 75
Mill, Stuart 138
Millán Puelles, Antonio 106
Milosz, Czeslaw 135
Ministerio de Relaciones Exteriores 31
Mises, Ludwig von 104, 111, 137, 138, 141, 144, 147, 148, 149
Misión de Naciones Unidas para Guatemala 93
Monismo 157, 158, 160
Monopolio 5, 6, 8, 78, 79, 80, 81
Monroy Cabra, Marco 38
Montaigne 136
Montesquieu 147
Moral
racional 143
Moralidad 104, 108
Moro, Tomás 125
Muerte 67, 68, 69, 70, 71

N
Nacionalismo étnico 139, 146
Naciones Unidas
carta 30, 31, 38, 63
Natalidad 124
Naturaleza humana 132
Naturwissenschaften 144
Nazis 35
Neal, L.D. 82, 83, 85
Negociación Colectiva 95, 96, 100
Negocios
Comida rápida 23, 24
Newton 135, 138
Nicaragua 59
Norma jurídica 158
Normas morales 149
Novak, Michael 110
Novus ordo seculorum 110
Nueva York 23, 75, 146
Nuremberg
juicios 35

O
Oakeshott, Michael 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151
Octubre Rojo 139
OEA
XVIII Asamblea General 34
Oferta y demanda 5
Ombudsman 138
Orden espontáneo 127, 129, 130, 132
Ordenes sociales 137, 140, 143
Organización Mundial del Comercio 161

P
Pablo de Tarso 113
Pablo VI 121
Pactos Colectivos 98
Países Bajos 68
Países pobres 101, 110
Países ricos 101, 110
Partido Institucional Democrático (PID) 53
Pascal, Blas 136
Pases legales 25
Patentes
de invención 77, 78, 79, 80, 81, 84, 85
Paz Firme y Duradera 141
Penetración de mercados 9
Persona 54, 55, 56, 58, 60, 61, 63
Perú 40, 64
Plant, Arnold 78, 85
Platon 137, 144
Pobreza 120
Poder público 1
Polilogismo 137, 138
Polin, Raymond 103
Popper, Karl Raimund 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 148, 149, 151

Positivismo jurídico 139, 148, 151, 152
Poverello 125
Pragmatismo 141, 143
Precio 90, 91, 92, 94, 115, 118, 119
de compra 12
de costo bodega (CIF) 7
Prestaciones sociales 121
Procurador de los Derechos Humanos 93
Propiedad 129
comercial 79
industrial 6, 8
intelectual 6, 9, 11, 14, 18, 77, 78, 80, 81, 85
privada 88, 89, 93, 94, 103, 105, 115, 116, 118, 119, 120, 123
Protágoras 142, 152
Protocolo de Buenos Aires 38
Providencia 108, 112
Publicidad 107
Pueblos Indígenas 141
Pufendorff 131

R
Racionalismo 127, 128
constructivist 137
constructivista 138, 139, 140, 141, 143, 144, 146, 149, 150
Randolph, Edmund 81
Ratzinger, Joseph 116
Raza 135, 141, 146
Reflejos
cefálicos 74
espinales 74
Registro de Ciudadanos 53, 57
Registro de la Propiedad Industrial 24, 25
Remesas de dinero 16
Renacimiento 146
República romana 138, 147
Revolución Científica 135, 138, 139
Revolución Francesa 96, 113, 139, 141, 147
Revolución industrial 103, 109
Ríos Montt, José Efraín 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60
Rivas García, Oscar Humberto 53, 57
Robespierre 139
Roma 73, 76, 142
Ropke, Wilhelm 89
Rostock 136
Rousseau, Juan Jacobo 128, 131, 136, 139, 143
Rusia 116
Ruskin 105

S
Salamanca 121
Salario 111, 112, 123
mínimo 145
San Agustín 137
San Francisco de Asís 125
San Petersburgo 146
Sandberg, Nils-Eric 105
Santa Alianza 135
Savigny 42
Say, Jean Baptiste 108
Scheler, Max 145, 149
Schiller 101
Seara Vázquez, Modesto 28, 29, 30, 64
Segunda Guerra Mundial 35
Siglo de Pericles 138
Silogismo 128
Simmel 144
Simon, J.L. 82, 83, 85
Sindicato 96, 99
Sistema positivista 1
Smith, Adam 90, 105, 108, 109, 121
mano invisible 129
Soberanía 159
Socialismo 135, 138, 144
marxista 116
real 119
Socialistas 102, 104, 110, 112
Sociedad civil 128, 132, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152
Sociedad libre 78
Solidaridad 101, 113, 137, 146
Solzhenytsin, Aleksandr 136, 151, 152
Sorbonne 103
Spinoza 139
Stadtwirschaft 136
Stockman, Alan C. 102
Suárez, Francisco 121, 130
Suecia 105, 138
Suiza
referéndum popular 105
Sumner 141

T
Tecnología 24, 26
Teherán
Conferencia de los Derechos Humanos 34
Telecomunicaciones 147
Teología de la Liberación 139, 140
Teología moral 117, 119
Tercer Milenio 135, 136, 151
Terremoto
1924 102
Terrorismo urbano 139
Testamenti factio 73
Testamento
de vida 67, 68, 69, 70, 71
sentido patrimonialista 69
Testamento de vida 73, 74, 75, 76
Tillich, Paul 116
Timberg, Sigmund 79, 86
Tokio 23
terremoto 1924 102
Totalitarismo 139, 141
Tratados
bilaterales 30
clasificación 28, 30
consentimiento 30
general de paz y amistad 59
multilaterales 30
naturaleza jurídica 29
negociación 30, 31
pacta sunt servanda 30, 51
ratificación 30, 31
régimen legal 31, 40
Tribu 135, 140, 143
Tribunal Supremo Electoral 53, 57
Tribunales de justicia 31, 40, 44, 50, 51
Trudeau, Pierre 146
Tullock, Gordon 147, 151

U
Ulpiano 68, 69
Ultima voluntad 68, 69
Universidades 136, 140
Navarra 119, 121
URNG 141
Usurpación 78
Utilitarismo 149

V
Vacaciones 96, 99
Vico, Juan Bautista 144
Vida 129, 131
Virginia 147, 151
Vitoria, Francisco de 121

W
Walker, Daniel 88
Weber, Max 141, 144
Wilde, Oscar 101
Windelband 144

Se terminó de imprimir en los talleres
de *Editorial Amigos del País*, el 22 enero
de 1999. El tiraje fue de
750 ejemplares.

UFM-BIBLIO
091993